

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063896

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 10/2019, de 11 de enero de 2019

Sala de lo Civil

Rec. n.º 3014/2016

**SUMARIO:**

**Contratos bancarios. Adquisición de valores. Nulidad por error vicio en el consentimiento. Legitimación pasiva de Caixabank tras la adquisición del negocio bancario de Bankpime.** La cláusula de «exención de los pasivos contingentes consistentes en reclamaciones contractuales futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor» en la transmisión del negocio bancario celebrado entre Bankpime y Caixabank no tiene eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los demandantes, clientes de la primera entidad bancaria que pasaron a ser clientes de la segunda tras la cesión del negocio bancario y de la posición contractual que dicha transmisión suponía. No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de la recurrente que implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes. La operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario, con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes. Con base en esta 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. Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, es la única que respeta las exigencias del Código Civil. En cuanto a la legitimación pasiva de la entidad bancaria, 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, unos valores) 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. En consecuencia, se le reconoce legitimación pasiva al banco para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto. Por otra parte, cuando la empresa de inversión incumple su deber de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto ofertado, como ha ocurrido en este caso, el error puede presumirse y es de carácter esencial y excusable. La propia recurrente afirma en su recurso que la Audiencia Provincial declaró que, a resultados de la inadecuada y confusa información prestada, la parte demandante no pudo llegar a tener un conocimiento cabal de los riesgos inherentes a la compra de los valores porque los adquirió en la creencia de que adquiriría un producto seguro y sin que el capital invertido quedara comprometido, tanto en su liquidez como en su integridad. Esas alegaciones de la recurrente muestran que concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia más moderna para considerar que ha concurrido error vicio del consentimiento y que el mismo ha sido esencial y excusable. En consecuencia, se desestiman los recursos interpuestos por Caixabank.

**PRECEPTOS:**

Ley 1/2000 (LEC), arts. 10 y 216.

Código Civil, arts. 1.255, 1.257, 1.266 y 1.301.

**PONENTE:**

*Don Rafael Saraza Jimena.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO  
Don RAFAEL SARAZA JIMENA  
Don PEDRO JOSE VELA TORRES

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 10/2019

Fecha de sentencia: 11/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3014/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3014/2016

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. 10/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo  
D. Francisco Javier Orduña Moreno  
D. Rafael Saraza Jimena  
D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 11 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 275/2016, de 8 de junio dictada en grado de apelación por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1566/2012 del Juzgado de Primera Instancia 6 de Barcelona, sobre nulidad contractual.

El recurso fue interpuesto por Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Benejam Peretó.

Es parte recurrida D. Marcos y D.<sup>a</sup> Adelaida, representados por el procurador D. Luis Arguelles González y bajo la dirección letrada de D. José Ríos Almela.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en nombre y representación de D. Marcos y D.<sup>a</sup> Adelaida, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare:

" Primero. Declare nulas de pleno derecho y/o anulables las órdenes de valores suscritas por Don Marcos y Doña Adelaida relativas a los productos que constan en el cuerpo de este escrito.

" Royal Bank Scotland 5,50% por importe de 24.103,20 Euros.

" Kaupthing Bank 6,25 % por importe de 25.610 Euros.

" Kaupthing Bank 6,75 % por importe de 30.215,80 Euros.

" Aisa 08/11 5% BO por importe de 11.000 Euros.

" SEGUNDO. Condene a la demandada a pagar a nuestros representados las cuantías que deberían ser calculadas en ejecución de sentencia con arreglo a la siguiente operación matemática:

" - Importe abonado por cada activo.

" - Más las comisiones cobradas desde la fecha de cargo en cuenta de las compras de los productos.

" - Menos los intereses abonados como rentabilidad de los activos.

" - Menos el importe de los capitales invertidos que se hayan podido recuperar de los emisores.

" - Más el interés legal del dinero del importe abonado por cada activo y de las sucesivas comisiones, desde la fecha de cargo en cuenta, hasta la fecha de Sentencia, devengando a partir de ese momento el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

" TERCERO. Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que fuesen rechazados los dos anteriores puntos de este suplico, declare que la demandada Caixabank, S.A. ha incurrido en responsabilidad contractual por incumplimiento de sus obligaciones.

" CUARTO. Condene a la demandada a resarcir los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, cuyo importe coincide con la cuantía fijada en el punto Segundo de este Suplico.

" QUINTO. Se impongan las costas del presente procedimiento a la parte demandada".

2. La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2012 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona, fue registrada con el núm. 1556/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3. El procurador D. Ramón Feixo Fernández-Vega en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia 6 de Barcelona, dictó sentencia 127/2014, de 1 de septiembre, que desestimó la demanda, sin imposición de costas.

#### **Segundo.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Marcos y D.<sup>a</sup> Adelaida. Caixabank se opuso al recurso.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 904/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 275/2016, de 8 de junio, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Marcos y Dña. Adelaida, contra la sentencia de fecha 1 de septiembre 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta Capital, en los autos de Juicio Ordinario nº 1566/2012, de que dimana el presente Rollo de Sala; cuya resolución expresamente se revoca; y en su virtud, estimándose la demanda formulada se declara la nulidad de la adquisición de los Valores antes referenciados, por vicio de error en el consentimiento; y se condena a la demandada Caixabank S.A. a que devuelva a los actores las sumas invertidas, con deducción de los rendimientos percibidos por éstos; con más los intereses legales devengados por las liquidaciones positivas y negativas; y con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en la instancia. No cabe hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales devengadas en esta alzada.

" Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme a lo recogido en el punto 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 de noviembre, procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente".

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

1. El procurador D. Ramón Feixo Fernández Vega, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO. Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, se denuncia vulneración del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la falta de estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva".

"SEGUNDO. Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por infracción del art. 216 LEC, sobre la necesaria congruencia de la sentencia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO. Infracción del artículo 1.257 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 cedido un contrato cuyas obligaciones sinalagmáticas han sido ya cumplidas y no se encuentran pendientes. Las sentencias del Tribunal Supremo a las que se opone la sentencia recurrida son la Sentencia de 19 de septiembre de 2002 y la de 9 de julio de 2003".

"SEGUNDO. Infracción del artículo 1.257 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 a la legitimación pasiva de Caixabank".

"TERCERO. Infracción del artículo 1.301 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 identificación del dies a quo en la computación del plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento objeto del presente procedimiento. Las Sentencias del Tribunal Supremo a las que se opone la sentencia recurrida son la Sentencia de 12 de enero de 2015 y la de 7 de julio de 2015".

"CUARTO. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º, ambos de la LEC, amparado en la existencia de interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la concreción de las circunstancias determinantes del error-vicio del consentimiento que pueden determinar la nulidad del contrato en interpretación del artículo 1.266 del Código Civil, en concreto de las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 y 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013, 20 de enero de 2014 y 17 de febrero de 2014".

"QUINTO. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º, ambos de la LEC, amparado en la existencia de interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la necesidad de argumentar y acreditar el carácter esencial del error, conforme a la interpretación del artículo 1266 del Código Civil, en concreto de las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013, 20 de enero de 2014 y 17 de febrero de 2014".

"SEXTO. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º, ambos de la LEC, amparado en la existencia de interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la vulneración del artículo 1266 CC -párrafo primero- y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la necesidad de argumentar y acreditar el carácter inexcusable del error padecido, en concreto de las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de noviembre, 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013 y 20 de enero de 2014".

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 19 de julio de 2017, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3. D. Marcos y D.<sup>a</sup> Adelaida 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 8 de noviembre de 2018. Por providencia de 7 de noviembre se acordó suspender el señalamiento y por providencia de 22 de noviembre se señaló para la votación y fallo el 19 de diciembre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Antecedentes del caso

1. D. Marcos y D.<sup>a</sup> Adelaida suscribieron con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (en lo sucesivo, Bankpime), el 20 de julio de 2006, órdenes de compra de los valores denominados "Royal Bank Scotland 5,50%", con un valor nominal de 24.000 euros y por los que pagaron 24.103,20 euros; "Kaupthing Bank 6,25%", con un valor nominal de 25.000 euros y por los que pagaron 25.610,00 euros; y "Aisa 08/11 5% Bo.", por importe de 11.000 euros. El 21 de febrero de 2008 suscribieron la orden de compra de valores denominados "Kaupthing Bank 6,75%", con un valor nominal de 34.000 Euros, por los que pagaron 30.215,80 euros.

Tales inversiones han provocado a D. Marcos y D.<sup>a</sup> Adelaida importantes pérdidas debido a los avatares sufridos por las empresas emisoras de tales valores.

2. 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 dicho contrato habían intervenido también los tres accionistas de referencia de Bankpime "únicamente a los efectos de comprometerse a votar a favor de los acuerdos de la Junta General de Bankpime".

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 dado 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.

**3.** Con posterioridad a la celebración del "contrato de compraventa del negocio bancario", los clientes de Bankpime recibieron de Caixabank las comunicaciones periódicas relativas a las relaciones contractuales que habían suscrito con Bankpime.

Las sucursales de Bankpime, y los empleados que en ellas trabajaban, pasaron a serlo de Caixabank.

**4.** D. Marcos y D<sup>a</sup> Adelaida interpusieron una demanda contra Caixabank en la que formularon varias pretensiones de forma alternativa, entre las que estaba que se declarara la nulidad de los contratos de adquisición de los valores referidos, por error vicio del consentimiento y se condenara a la recíproca restitución de las prestaciones.

**5.** El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque estimó la excepción de falta de legitimación pasiva, al considerar que en la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank se habían excluido los pasivos contingentes y las reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras que pudieran derivarse de la actividad de Bankpime pasada o futura.

**6.** Los demandantes recurrieron la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, estimó la pretensión de anulación del contrato por concurrencia de error vicio y condenó a Caixabank a restituir a los demandantes las sumas invertidas en la adquisición de los valores, con sus intereses, y los demandantes deberían restituir la remuneración percibida, también con sus intereses.

La Audiencia declaró que Caixabank tenía legitimación pasiva para soportar las acciones derivadas de los contratos de adquisición de valores suscritos por los demandantes con Bankpime pues las cláusulas del contrato de transmisión del negocio bancario en que se establecía la exclusión de los pasivos contingentes y las reclamaciones contra el banco, no podían perjudicar a los clientes. Asimismo, rechazó la caducidad de la acción y consideró que



existió error invalidante del consentimiento pues los valores adquiridos eran un producto complejo y de alto riesgo que fue escasamente explicado e informado a personas no avezadas ni conocedoras de tales productos financieros.

7. Caixabank ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación, basado en seis motivos, que han sido admitidos.

**Segundo.** *Rechazo del motivo de inadmisión consistente en el impago del importe total de la tasa*

1. Los demandantes, en su escrito de oposición a los recursos, han alegado como causa de inadmisibilidad que Caixabank no ha constituido correctamente el depósito para recurrir (pues habiendo interpuesto dos recursos, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, solo constituyó un depósito de 50 euros), ni la tasa para recurrir, puesto que solo abonó por este concepto 800 euros.

2. Caixabank ha constituido sendos depósitos de 50 euros por los recursos, por lo que este motivo de inadmisión no puede estimarse.

3. Respecto de la tasa para recurrir, la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 1, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en el inciso (entre otros) que establecía una tasa de cuota fija de 1200 euros para la interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden civil, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas. Declara igualmente la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 2, de la misma ley, relativo a la cuota variable de la tasa prevista para las personas jurídicas.

4. Los efectos de estos pronunciamientos se indican en el fundamento jurídico decimoquinto de la sentencia del Tribunal Constitucional que, en lo que aquí interesa, prevé que la declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz para el futuro, esto es "en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme (...)".

5. Al resolver diversos recursos de queja (por ejemplo, los recursos números (54/2013, 64/2013, 121/2013, 147/2013, 159/2013, 32/2015, 196/2016), respecto de sentencias en los que el plazo para recurrir había expirado antes de que fuera dictada esa sentencia del Tribunal Constitucional y en los que se impugnaba la no admisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por no haber constituido la tasa, que fueron resueltos con posterioridad a dicha sentencia del Tribunal Constitucional, esta sala declaró que procedía la admisión del recurso puesto que se trataba de procedimientos en que aún no existía resolución firme, por lo que quedaban afectados por el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de las tasas reguladas en la Ley 10/2012, pues la inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se fundarían en la aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales y nulos.

Por tanto, tampoco puede ser estimada esta causa de inadmisión.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**Tercero.** *Formulación del primer motivo*

1. En el encabezamiento de este motivo se denuncia la vulneración del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la falta de estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

2. Los argumentos que se exponen para justificar la existencia de la infracción denunciada son, resumidamente, los siguientes:

Bankpime fue un simple comercializador del producto de inversión, los valores, pero no fue el emisor. El contrato existente entre los clientes y Bankpime fue de intermediación, no de compraventa.

Dicho contrato estaba consumado y agotado en el momento de la venta del negocio bancario a Caixabank, por ser un contrato de tracto único, por lo que no pudo ser objeto de cesión por Bankpime a Caixabank.

Caixabank y Bankpime suscribieron un contrato por el que la segunda entidad transmitía a la primera una serie de activos y pasivos de su negocio bancario sin sucesión universal como unidad económica, e incluyeron en el contrato una cláusula que excluía de la cesión los "pasivos contingentes", las reclamaciones presentes o futuras.

**Cuarto. Decisión del tribunal (I): consideraciones previas**

1. Las cuestiones planteadas en este motivo han sido ya resueltas por este tribunal en las sentencias 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, y las posteriores 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, y 667/2018, de 23 de noviembre. No existen razones para que nos apartemos de la consolidada doctrina establecida en esas sentencias tan recientes.

2. Es ciertamente dudoso que las cuestiones planteadas por Caixabank en su escrito puedan fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que tienen una naturaleza fundamentalmente sustantiva: se refieren a la naturaleza de la relación jurídica que en su día existió entre Bankpime y los demandantes con relación a la adquisición por estos de diversos valores y a la posición que en dicha relación tenía Bankpime; la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpime y los clientes; y la interpretación y alcance del contrato suscrito entre Bankpime y Caixabank por la que aquella transmitió a esta su negocio bancario.

De hecho, estas mismas cuestiones fueron planteadas por Caixabank en un anterior recurso, que fue resuelto por la sentencia del pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre, pero no por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal sino en un recurso de casación. Y en el recurso de casación que se formula conjuntamente con el recurso extraordinario por infracción procesal en el presente caso, se reiteran, como cuestiones de naturaleza sustantiva, buena parte de las cuestiones planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal.

3. No obstante, dado que el recurso extraordinario por infracción procesal fue admitido a trámite, siendo cierto que se trata de una cuestión problemática, que la frontera entre lo sustantivo y lo procesal, en materia de legitimación pasiva, es muchas veces difusa, y que en otras sentencias hemos aceptado resolverlo en el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, no procede inadmitir en este trámite el recurso extraordinario por infracción procesal.

4. Vamos a resolver en primer lugar la tercera de las cuestiones planteadas, pues consideramos que es la que presenta un mayor interés. Para resolver tanto esta como el resto de las cuestiones planteadas, seguiremos los argumentos que ya expusimos en las sentencias 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, y las posteriores 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, y 667/2018, de 23 de noviembre, a que hemos hecho referencia, en las que hemos dado ya respuesta a estas cuestiones.

**Quinto. Decisión del tribunal (II): ineficacia frente a los clientes de la exención de los "pasivos contingentes" de la transmisión del negocio bancario**

1. Caixabank impugna la decisión de la Audiencia Provincial de reconocerle la legitimación pasiva en la acción de nulidad de los contratos por los que los demandantes adquirieron los valores emitidos por Kaupthing Bank, Royal Bank Scotland y Aisa. Alega que la Audiencia vulnera los art. 1255 y 1257 del Código Civil porque no toma en consideración que el contrato de transmisión del negocio bancario celebrado con Bankpime contenía una cláusula que excluía de la cesión de contratos "los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura".

Este argumento impugnatorio no puede estimarse, por las razones que a continuación se exponen.

2. La cláusula en la que Caixabank funda su argumentación no supone, como pretende, la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio,



pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes "cedidos" ni contar con su asentimiento.

**3.** Una interpretación de esta cláusula como la que sostiene Caixabank no es admisible. Pretender oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime, para quedar exenta de responsabilidad frente a esos terceros, 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.

**4.** Por tal razón, esa cláusula carece de eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los clientes de Bankpime que por la transmisión del negocio bancario pasaron a serlo de Caixabank. Es Caixabank, no la Audiencia Provincial, quien sostiene un argumento que vulnera el art. 1257 del Código Civil, al pretender que una cláusula del contrato que celebró con Bankpime afecte a terceros ajenos al contrato y que no han prestado su asentimiento, y les prive de los derechos que tienen frente a la entidad bancaria de la que son clientes, que en su día fue Bankpime, pero que posteriormente pasó a serlo Caixabank en virtud de la transmisión del negocio bancario de una a otra entidad y de la cesión de la posición contractual que tal transmisión suponía.

**5.** 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.

**6.** No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de Caixabank al amparo de dicha cláusula, porque tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente.

**7.** 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.

**8.** Por ello, frente a los 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 [...]".

**9.** Este tribunal ha considerado en otros supuestos en los que se ha traspasado el negocio rentable a otra entidad y se ha pretendido dejar a una sociedad insolvente las obligaciones derivadas del negocio que se traspasaba, que se trata de un fraude de ley en cuanto que supone una operación que, al amparo del texto de una norma, perseguía un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es la desprotección del crédito.

**10.** Así ocurrió, por ejemplo, con varias sentencias del caso Ercros-Ertoil (sentencia de este tribunal 873/2008, de 9 de octubre, y las que en ella se citan). En estas sentencias se consideró que constituía un fraude de ley la operación, en este caso societaria, por la que se transmitió un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma sin que resultaran garantizados los créditos de los acreedores de la sociedad transmitente, puesto que los acreedores vieron reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos y la sociedad deudora quedó sin patrimonio con que responder, en fraude de sus acreedores, como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros.



11. Este tribunal, en esas sentencias, concluyó que ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias, efectos provocados por los mismos deudores ( artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que a la protección del crédito puede provocar este tipo de operaciones de transmisión patrimonial en bloque.

12. Además de lo expuesto, que bastaría para desestimar el argumento impugnatorio, debe añadirse que en este caso es necesario proteger 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). Con base en esta 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, como es el caso de los demandantes.

13. A la vista de lo anterior, este extremo del contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a este 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.

14. Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, es la única que respeta las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil.

**Sexto.** *Decisión del tribunal (III): la legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión*

1. Despejada la cuestión relativa a la eficacia de la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank, deben resolverse los demás argumentos impugnatorios planteados en este motivo.

En primer lugar, el relativo a que la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank no legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad de los contratos de adquisición de los valores porque la intervención de Bankpime en el contrato fue la de un simple intermediario, por lo que no podía ceder una posición contractual de la que carecía.

Este argumento impugnatorio no puede estimarse por las razones que a continuación se exponen.

2. Los demandantes adquirieron los valores de Kaupthing Bank, Royal Bank Scotland y Aisa porque Bankpime los comercializaba y se los ofertó. No consta si los valores adquiridos por los demandantes habían sido emitidos directamente por Kaupthing Bank, Royal Bank of Scotland y Aisa para esa operación o si fueron transmitidos por un anterior titular. Es significativo que, en varias de las adquisiciones, el valor nominal de los valores adquiridos no coincidiera con el importe pagado, en unas adquisiciones porque este es más alto, pero, en otra, porque es inferior.

3. Este tribunal, en anteriores sentencias, ha 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. Además de en las seis sentencias en las que ya nos hemos pronunciado sobre la transmisión del negocio bancario operada entre Bankpime y Caixabank, a que hemos hecho referencia, lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre y, de un modo extenso, en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.

4. Hemos afirmado en esta última sentencia que 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, unos valores) 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.

5. Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

6. El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

7. En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

8. Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

9. Además, si aceptáramos la tesis de la entidad bancaria recurrente, estaríamos privando 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, de la que el demandante es cliente.

**Séptimo. Decisión del tribunal (IV): la cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario**

1. Caixabank argumenta en su recurso 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 los contratos por los que los demandantes adquirieron los valores de Kaupthing Bank, Royal Bank Scotland y Aisa, 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 los valores 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.

Este argumento tampoco puede estimarse, por las razones que a continuación se exponen.

2. Bankpime y Caixabank articularon formalmente la transmisión por el primero al segundo de "su negocio bancario como unidad económica" como una transmisión de activos y pasivos propios de tal negocio bancario, en la que se enmarcaba la cesión de los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes.



3. Es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha afirmado que para que se produzca la cesión de un contrato es preciso que este sea un contrato con prestaciones sinalagmáticas que no hayan sido cumplidas todavía. Pero 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 a los contratos que en su día celebraron los demandantes con Bankpime.

4. 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.

5. 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.

6. 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. Por tanto, la transmisión por Bankpime a Caixabank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por Caixabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra Caixabank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que Caixabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos.

8. Las razones expuestas determinan la desestimación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

#### **Octavo.** *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia.

2. La infracción se habría producido porque la Audiencia Provincial rechazó la falta de legitimación pasiva acogida en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por apreciar la figura jurídica de la cesión, que fue introducida en apelación de forma extemporánea por la parte demandante.

#### **Noveno.** *Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción*



1. No ha existido incongruencia alguna por cuanto que fue la propia Caixabank la que introdujo la cuestión de su falta de legitimación pasiva y de los términos en los que se había producido la transmisión del negocio bancario por parte de Bankpime.

2. Sus alegaciones tuvieron éxito en la primera instancia y los demandantes hubieron de combatirlas en el recurso de apelación, por lo que no introdujeron en el litigio ninguna cuestión nueva.

3. Como ya se ha dicho, la Audiencia declaró que Caixabank tenía legitimación pasiva para soportar las acciones derivadas de los contratos de adquisición de valores suscritos por los demandantes con Bankpime pues no podían perjudicar a los clientes las cláusulas del contrato de transmisión del negocio bancario en que se establecía la exclusión de los pasivos contingentes y las reclamaciones contra el banco.

4. Por tanto, ni las alegaciones de los demandantes en el recurso de apelación introdujeron una cuestión nueva en el litigio ni la Audiencia incurrió en incongruencia al rechazar la excepción de legitimación pasiva introducida en el debate procesal por la propia Caixabank.

Recurso de casación

#### **Décimo.** *Formulación de los dos primeros motivos*

1. En el encabezamiento del primer motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de entender cedido un contrato cuyas obligaciones sinalagmáticas han sido ya cumplidas y no se encuentran pendientes.

2. En el desarrollo de este motivo se reiteran básicamente algunos de los argumentos expuestos en el recurso extraordinario por infracción procesal para negar la legitimación pasiva de Caixabank, fundamentalmente los relativos a que Bankpime no ha transmitido a Caixabank una posición jurídica que posibilite dirigir contra esta la acción de nulidad del contrato dado el carácter de intermediario o comisionista de Bankpime y el agotamiento de la relación jurídica una vez adquiridos los valores.

3. El epígrafe del segundo motivo reitera la infracción de los artículos 1.255 y 1.257 del Código Civil y añade que "el elemento de interés casacional que concurre es la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la legitimación pasiva de Caixabank".

4. No se trata propiamente de un motivo de recurso de casación, puesto que se limita en la práctica a transcribir parcialmente varias sentencias de Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre la cuestión objeto del recurso, unas a favor de las tesis de la recurrente y otras en contra. Se trataría en todo caso de la justificación del interés casacional del anterior motivo.

**Undécimo.** *Decisión del tribunal: Remisión a los argumentos expuestos para desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal*

En el recurso de casación no se aporta ningún argumento relevante que se aparte de lo expuesto en el recurso extraordinario por infracción procesal. Por esa razón, nos remitimos a los argumentos que hemos expuesto al resolver tal recurso, para evitar reiteraciones innecesarias.

#### **Duodécimo.** *Formulación del tercer motivo*

1. En el encabezamiento de este motivo se alega la infracción del artículo 1301 del Código Civil.

2. La infracción se habría producido en la identificación del día a quo [día inicial] en la computación del plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento objeto del presente procedimiento.

**Décimotercero.** *Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción*



1. Que en algunos estadillos remitidos en los meses inmediatamente anteriores a noviembre de 2008 (la demanda se interpuso en noviembre de 2012) apareciera que el valor de los productos de inversión adquiridos por los demandantes era inferior al que tenían cuando fueron adquiridos no puede considerarse como significativo de que pudieran conocer los verdaderos riesgos de los productos de inversión adquiridos, más aún cuando en las órdenes de compra aparecía que se trataba de contratos de compraventa con pacto de recompra de activos financieros, y cuando además seguían percibiendo los rendimientos de tales inversiones.

2. No es hasta que se comunica a los demandantes lo que la recurrente denomina como "retirada de los títulos" (de algunos de ellos, no de todos), en el año 2009, que puede considerarse producido el conocimiento del riesgo de pérdida.

3. Por tanto, aplicando la doctrina establecida en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, que la propia recurrente invoca en el escrito de recurso, el motivo debe desestimarse porque hasta el año 2009, como muy pronto, los demandantes no pudieron conocer el error padecido sobre los riesgos asociados a los productos de inversión que adquirieron a Bankpime.

#### **Decimocuarto.** *Formulación de los motivos cuarto, quinto y sexto*

1. En los encabezamientos de estos motivos se alega la infracción del art. 1266 del Código Civil

2. En el desarrollo de los mismos se argumenta que la infracción se habría producido porque la sentencia infringe la jurisprudencia sobre las circunstancias determinantes del error vicio del consentimiento que pueden justificar la nulidad del contrato, el requisito de su carácter esencial y el de su carácter excusable. Cita en apoyo de su tesis la sentencia 626/2013, de 29 de octubre.

#### **Decimoquinto.** *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1. La jurisprudencia sobre el error vicio del consentimiento que invoca la recurrente se encuentra superada por la establecida por esta sala a partir, fundamentalmente, de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

2. Cuando la empresa de inversión incumple su deber de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto ofertado, como la Audiencia Provincial afirma que ha ocurrido en este caso, el error puede presumirse.

3. El error que recae sobre el riesgo de pérdida del capital invertido es un error esencial.

4. Y el error que proviene del incumplimiento del deber de información adecuada, y con antelación suficiente, por parte de la empresa de inversión hace que el mismo sea excusable.

5. En la sentencia 584/2016, de 30 de septiembre, se declaró respecto de la presunción de existencia de error-vicio y sobre su carácter esencial:

"4. 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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero [de 2015], entre otras.

" 5. La normativa del mercado de valores, incluso 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.

" No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores".

6. Respecto del carácter excusable del error, la sentencia 715/2016, de 30 de noviembre, declaró:

"En definitiva, como hemos declarado reiteradamente, cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente y con la necesaria antelación a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable".

7. La propia recurrente afirma en su recurso que la Audiencia Provincial declaró que, a resultas de la inadecuada y confusa información prestada, la parte demandante no pudo llegar a tener un conocimiento cabal de los riesgos inherentes a la compra de los valores porque los adquirió en la creencia de que adquiriría un producto seguro y sin que el capital invertido quedara comprometido, tanto en su liquidez como en su integridad.

Esas alegaciones de la recurrente muestran a las claras que concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia más moderna para considerar que ha concurrido error vicio del consentimiento y que el mismo ha sido esencial y excusable.

#### **Decimosexto. Costas y depósitos**

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2. Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 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 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Caixabank S.A., contra la sentencia 275/2016, de 8 de junio, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 904/2014.

2.º Condenar a la recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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.**

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.