DOC 8 BIS

CASACIÓN núm.: 1003/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

# TRIBUNAL SUPREMO
# Sala de lo Civil

# Sentencia núm. 667/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 23 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 503/2016, de 19 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 899/2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 98 de Madrid, sobre nulidad de contrato de adquisición de producto financiero complejo.

El recurso fue interpuesto por D[redacted], representados por el procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Rodríguez de Brujón y Fernández.

Es 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. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

**1.-** El procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en nombre y representación de D [redacted] interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[…] por la que:

» Que se declare/condene a Caixabank como sucesor por fusión por absorción de Bankpyme, y condene a la misma a:

» 1) Con carácter principal: que se declare por Caixabank (como sucesor de Bankpyme por fusión por absorción), el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos Aisa, al no devolver el precio de los bonos o importe de la inversión efectuada al vencimiento de los mismos, incumpliendo sus obligaciones contractuales, y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 15.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas percibidas por los actores más el interés legal desde su recepción, y que se declare que la titularidad de todos los títulos pase a la entidad demandada, una vez se haya restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la demandada. Con condena expresa a la demandada de las costas causadas.

» 2) Subsidiariamente, se declare nula la orden de compra de los bonos Aisa Fergo de fecha 25-7-2001, declaración de nulidad prevista en el art. 1256 CC, con todos los pedimentos subsidiarios que a continuación se exponen, y que también sirven para la nulidad del contrato de compraventa de bonos Aisa.

» 3) Subsidiariamente, declare la nulidad del contrato por ausencia o falta de consentimiento, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1261, 1265 y concordantes del Código Civil y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 15.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas percibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 4) Subsidiariamente se declare la nulidad por vicio de error en el consentimiento, con devolución de las prestaciones y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 15.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 5) Subsidiariamente, se declare, que Caixabank (como sucesor de Bankpyme por fusión por absorción) ha sido “negligente” en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como “prestador de servicios de inversión” y “comercialización” de los bonos Aisa en una venta asesorada, y de (sic) declare la resolución del contrato de suscripción de bonos Aisa en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 15.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 6) Subsidiariamente, se solicita que, se declare que Caixabank (como sucesor de Bankpyme por fusión por absorción) ha sido “negligente” en el cumplimiento de sus obligaciones de “seguimiento de la Inversión e Información permanente” como asesor de inversiones y custodio y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 15.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 7) De forma cumulativa con las anteriores peticiones subsidiarias, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas».

**2.-** La demanda fue presentada el 28 de octubre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 98 de Madrid, fue registrada con el núm. 899/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** El procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, 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, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia 98 de Madrid, dictó sentencia 209/2016, de 27 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda deducida por D. José Luis Vila Boo y Dª Consuelo Martínez Parrondo, representados por el Procurador Sr. De la Cuesta Hernández, contra Caixabank, S.A. representada por el Procurador Sr. Montero Reiter, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de suscripción de bonos de Aixa por importe de 15.000 € con la entidad "Bankpyme" (hoy Caixabank S.A.), condenando a la parte demandada al pago de las cantidades que se reflejan en el último párrafo del fundamento jurídico sexto de esta resolución, que se determinarán en ejecución de sentencia. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada».

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

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixabank S.A. [redacted] se opusieron al recurso.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 867/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 506/2016, de 19 de diciembre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Montero Reiter en nombre y representación que ostenta (sic), contra la sentencia dictada por el Imo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid en fecha 27 de mayo de 2016, a que el presente rollo se contrae, debemos dar lugar al mismo y, en consecuencia, con revocación de la meritada resolución debemos absolver y absolvemos a la demandada, la mercantil Caixabank, de las peticiones formuladas contra ella, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias. Con devolución del depósito constituido».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

**1.-** El procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en representación de D. [redacted], interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC. Traspaso de la relación comercial de Bankpyme a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la LEC y vulneración de las normas legales y la jurisprudencia de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo en cuestiones

relativas a la cesión de los contratos (Fundamento de Derecho Primero, de la sentencia recurrida)».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC. En virtud del artículo 477.3 de la LEC, necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva que le compete a la entidad demandada Caixabank. Fundamento de Derecho Primero y Segundo de la sentencia recurrida».

**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 11 de octubre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

**3.-** Caixabank S.A. se opuso al recurso de casación.

**4.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Antecedentes del caso*

**1.-** La cuestión controvertida que es objeto de este recurso ha sido ya resuelta por este tribunal en las sentencias dictadas en varios recursos, en las que ha sido parte Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank). Se trata de la sentencia 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, y 257/2018, de 26 de abril. No existen razones para que nos apartemos de la consolidada doctrina establecida en esas sentencias.

**2.-** Son hechos relevantes que D[redacted] en julio de 2001, suscribieron con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (en lo sucesivo, Bankpime) un contrato de compra de bonos Aisa, con pacto de recompra por parte del vendedor, por importe de 15.000 euros. Amortizada esa primera emisión, en agosto de 2006 volvieron a

realizar la misma operación, adquiriendo bonos de Aisa por ese mismo importe, con vencimiento en el año 2011. Cuando vencieron los bonos, no se les restituyó el capital invertido.

**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 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 adquiría 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.

**4.-** 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.

**5.-** [redacted] interpusieron una demanda contra Caixabank en la que formularon varias pretensiones de forma alternativa, entre las que estaba que se declarara la nulidad del contrato de adquisición de los bonos de Aisa y se condenara a la recíproca restitución de las prestaciones.

**6.-** El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de anulación del contrato por concurrencia de error vicio y condenó a Caixabank a restituir a los demandantes el importe pagado por los bonos de Aisa, con sus intereses, y los demandantes deberían restituir la remuneración percibida, también con sus intereses. 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, por la transmisión del negocio bancario hecho por Bankpime a Caixabank, esta pasó a ocupar la posición contractual de aquella en el contrato celebrado con los demandantes, sin que el consentimiento de estos en la cesión del contrato se extendiera al desentendimiento por Caixabank de las reclamaciones que los demandantes pudieran realizar con base en el contrato suscrito con Bankpime.

Asimismo, el juzgado rechazó la caducidad de la acción y consideró que existió error invalidante del consentimiento pues Bankpime no proporcionó a los demandantes información precontractual ni contractual sobre los riesgos del producto, y los demandantes no eran inversores expertos ni amantes del riesgo.

**7.-** Caixabank recurrió la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia. La Audiencia consideró que Caixabank carecía de legitimación pasiva porque entre Bankpime y Caixabank no hubo una sucesión universal, sino una cesión particular en la que se excluyeron los pasivos contingentes, como era el que dio lugar a la reclamación de los demandantes.

**8.-** Los demandantes han interpuesto un recurso de casación, que articulan en torno a dos motivos.

**9.-** En su escrito de oposición al recurso, Caixabank alegaba como «hechos de nueva noticia», que el Juzgado Mercantil ante el que se tramita el concurso de acreedores de Ipme 2012 S.A. había autorizado a la administración concursal para que negociara con los acreedores titulares de créditos litigiosos a fin de alcanzar posibles acuerdos transaccionales, lo que suponía un reconocimiento tácito de responsabilidad.

**SEGUNDO.-** *Irrelevancia de la alegación de «hechos de nueva noticia»*

**1.-** Como se ha dicho en anteriores sentencias sobre esta misma cuestión, en las que Caixabank ha hecho la misma alegación, siendo la revisión que se realiza en el recurso de casación de carácter jurídico sustantivo, y no fáctico, por regla general no puede aceptarse que, estando pendiente el recurso de casación, puedan alegarse hechos nuevos o de nueva noticia que puedan modificar la solución que debe darse al recurso.

**2.-** En todo caso, que en el concurso de una tercera entidad, Ipme 2012 S.A., se autorice a la administración concursal para que negocie acuerdos con acreedores titulares de créditos litigiosos (cuya identidad, por otra parte, ni siquiera se concreta) es un hecho absolutamente irrelevante para decidir si Caixabank está legitimada pasivamente en el presente litigio.

**TERCERO.-** *Formulación del recurso de casación*

**1.-** El primer motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente enunciado:

«Traspaso de la relación comercial de Bankpyme a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la LEC y vulneración de las normas legales y la jurisprudencia de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo en cuestiones relativas a la cesión de los contratos».

**2.-** En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción legal se ha cometido al no considerar que en la cesión de contratos que tuvo lugar por la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, esta ocupó la posición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de aquella, con asunción de los derechos y las obligaciones derivados de tales contratos, sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda ejercitar la entidad adquirente frente a la vendedora. La relación negocial entre Bankpime y Caixabank no habría supuesto simplemente la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Los demandantes consintieron esta cesión de contratos, pero su consentimiento no puede entenderse extendido al desentendimiento de la cesionaria respecto de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con Bankpime, pues no tuvo conocimiento de los pactos por los que se pretendía excluir esa responsabilidad.

**3.-** El encabezamiento del segundo motivo tiene este contenido:

«Al amparo del artículo 477.1 de la LEC. En virtud del artículo 477.3 de la LEC, necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva que le compete a la entidad demandada Caixabank. Fundamento de Derecho Primero y Segundo de la sentencia recurrida».

**4.-** En este motivo se alega la existencia de sentencias contradictorias sobre este extremo en las Audiencias Provinciales, por lo que no constituye propiamente un motivo de recurso, sino la justificación del interés casacional que permitiría la admisión del recurso.

**CUARTO.-** *Decisión del tribunal (I): desestimación de las alegaciones de inadmisibilidad del recurso*

**1.-** Caixabank alega que el recurso de casación es inadmisible porque no es el cauce adecuado para resolver cuestiones relativas a la legitimación pasiva,

que, por tener naturaleza procesal, debe resolverse en un recurso extraordinario por infracción procesal.

**2.-** En las sentencias 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, y 257/2018, de 26 de abril, en las que resolvimos recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por Caixabank que planteaban su pretendida falta de legitimación pasiva, declaramos que era dudoso que las cuestiones relevantes para decidir sobre la legitimación pasiva de Caixabank pudieran 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 esta de los productos financieros complejos y a la posición que en dicha relación tenía Bankpime; la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpime y la cliente; y la interpretación del contrato suscrito entre Bankpime y Caixabank por la que aquella transmitió a esta su negocio bancario. Declaramos en esas sentencias que, dado que el recurso extraordinario por infracción procesal había sido admitido a trámite, que se trataba de una cuestión problemática y que la frontera entre lo sustantivo y lo procesal, en materia de legitimación pasiva, es muchas veces difusa, no procedía inadmitir en este trámite el recurso extraordinario por infracción procesal.

De hecho, tales cuestiones habían sido planteadas por Caixabank en el recurso de casación que fue resuelto por la sentencia del pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre, y a través de tal cauce fue admitido y resuelto por este tribunal.

No puede estimarse, por tanto, la alegación de improcedencia del recurso de casación sobre estas cuestiones, que han de resolverse aplicando normativa sustantiva.

**3.-** Se alega también que las alegaciones del recurso de casación relativas a la cesión del contrato y a los términos de la misma son cuestiones nuevas introducidas por los demandantes en su recurso de casación.

**4.-** Esta causa de inadmisión tampoco puede ser atendida. Ha sido Caixabank quien ha introducido tales cuestiones en el litigio, y sus alegaciones al respecto han sido aceptadas por la Audiencia Provincial. Por tanto, no constituye una cuestión nueva que los demandantes, en su recurso de casación, impugnen

los argumentos de la Audiencia Provincial que daban por buenas las alegaciones de Caixabank sobre los términos en que se produjo la cesión del contrato y la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank.

**5.-** Por último, como causa de inadmisibilidad se alega la falta de interés casacional del recurso.

**6.-** La alegación es inconsistente. Cuando se interpuso el recurso de casación, el interés casacional era evidente porque existían resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales sobre la legitimación pasiva de Caixabank para soportar las acciones de los clientes de Bankpime.

Ese interés es aún más claro hoy, pues la tesis de la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de este tribunal.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal (II): ineficacia frente a los clientes de la exención de los «pasivos contingentes» de la transmisión del negocio bancario*

**1.-** La cláusula en la que Caixabank funda su excepción de falta de legitimación pasiva, estimada por la Audiencia Provincial, no supone 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 aquiescencia.

**2.-** Una interpretación de esta cláusula como la que se admite en la sentencia recurrida no es admisible. Hacerla valer frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime para quedar exenta de responsabilidad frente a esos terceros supone defraudar 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.

**3.-** 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. La tesis de Caixabank, admitida por la Audiencia Provincial, vulnera el art. 1257 del Código Civil, pues una cláusula del contrato que celebró con Bankpime afectaría a terceros ajenos al contrato y que no han prestado su aquiescencia, y les privaría 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.

**4.-** 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.

**5.-** 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, formulada al amparo de dicha cláusula y estimada en la sentencia recurrida, 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.

**6.-** La solución admitida por la sentencia recurrida supone 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 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 [...]».

**7.-** 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.

Así ocurrió, por ejemplo, con varias sentencias del caso Ercros-Ertoil (sentencia 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.

En esas sentencias, este tribunal 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 que son 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.

**8.-** Además de lo expuesto, 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.

**9.-** Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que Caixabank alegó para fundar la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue estimada por la Audiencia Provincial. 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.

**10.-** Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una «reclamación contractual» (en un sentido amplio, que incluya las acciones de nulidad del contrato) depende de la voluntad de Caixabank de atender a las solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de Caixabank, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente, y este efectúe una reclamación.

Se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que este entablara para obtener la anulación del contrato o la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del mismo.

**11.-** 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.

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 a la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank y aceptada por la Audiencia Provincial para estimar la falta de legitimación pasiva de tal entidad, deben abordarse las demás cuestiones atinentes a dicha legitimación pasiva.

En primer lugar, la relativa a si la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de productos de inversión, dada la naturaleza de la intervención que en tal contrato tuvo Bankpime. Caixabank, en su oposición al recurso, afirma que la legitimación pasiva en una acción de anulación por error vicio correspondería al emisor del producto de inversión, pero no al mero comercializador, como fue el caso de Bankpime.

**2.-** 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. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, 718/2016, de 1 de diciembre, y 477/2017, de 20 de julio. Respecto de los litigios en los que es parte Caixabank y que se refieren a la cesión de contratos por la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, lo hemos afirmado en las sentencias 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este

tribunal, 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, y 257/2018, de 26 de abril.

**3.-** En la sentencia 477/2017, de 20 de julio, hemos declarado 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 bonos) 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.

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 o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

**4.-** 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.

**5.-** En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión, en este caso un banco, que comercializa el producto financiero, 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.

**6.-** 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.

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

**1.-** 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.

**2.-** Caixabank, en su oposición al recurso, alega que el contrato objeto del litigio se consumó en el momento de su celebración en 2006, sin que haya desplegado efecto adicional alguno.

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 al contrato que en su día celebró la demandante con Bankpime.

**3.-** 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.

**4.-** 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 adquiría sentido la cesión de los contratos. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae

como consecuencia que esta cesión 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 estas últimas 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.

**5.-** 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.

**6.-** 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 clientes 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.

**7.-** La consecuencia de lo expuesto es que proceda casar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y afirmar la legitimación pasiva de Caixabank respecto de la demanda promovida contra ella por los hoy recurrentes.

**OCTAVO.-** *Resolución de las demás impugnaciones formuladas en el recurso de apelación de Caixabank*

**1.-** Al casar la sentencia y afirmar la legitimación pasiva de Caixabank, debemos resolver las demás impugnaciones que esta formuló en su recurso de apelación y que no llegaron a ser examinadas por la Audiencia Provincial.

En primer lugar, la lectura de la demanda en su totalidad lleva a la conclusión de que los demandantes han ejercitado las pretensiones de su demanda respecto de la renovación que, de forma verbal, se hizo en agosto de 2006 respecto del contrato de adquisición de los bonos celebrado en 2001, sin que en esa ocasión se documentara por escrito la adquisición de nuevos bonos de Aisa.

La falta de documentación de esa renovación, imputable al banco, que impide conocer con precisión los términos del nuevo negocio (si se trató de una ampliación del plazo del anterior o de uno nuevo) no puede perjudicar al cliente bancario.

**2.-** Se alega también en el recurso de apelación que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia incurre en incongruencia *extra petita* porque no se pronuncia sobre la pretensión principal de la demanda, que sería el resarcimiento de los daños causados a los demandantes por el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos por parte del banco, y entra a resolver directamente una pretensión formulada con carácter subsidiario, como era la de anulación del contrato por error vicio.

**3.-** La impugnación debe desestimarse por varias razones.

En tanto que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se pronunció sobre una de las pretensiones formuladas en la demanda, estimándola, no puede hablarse de incongruencia *extra petita*, pues se ha concedido algo que fue solicitado en la demanda.

La falta de pronunciamiento sobre una pretensión principal habría supuesto, en todo caso, una incongruencia omisiva. Para poder impugnar la sentencia por tal motivo, era necesario con carácter previo haber solicitado la subsanación de omisión de pronunciamiento prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, la falta de pronunciamiento sobre una pretensión de la demanda solo sería denunciable por la parte demandante, única que tendría gravamen al no haberse pronunciado el juzgado sobre su pretensión principal, pero no por la demandada.

**4.-** La impugnación referida a la excepción de caducidad de la acción también debe ser desestimada, aunque por razones diferentes a las expuestas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Esta sala ha tratado la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero, y 130/2017, de 27 de febrero entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable.

En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

En este supuesto, el riesgo que se ha materializado ha sido el de la pérdida de la inversión, puesto que en la fecha en la que los bonos debían amortizarse y el capital invertido debía ser devuelto al cliente, tal circunstancia no se produjo, lo que tuvo lugar en el año 2011. No es relevante a estos efectos la fecha en que se produjo un retraso en el pago del cupón. Por tanto, cuando se interpuso la demanda en 2014, no había transcurrido el plazo de cuatro años de caducidad de la acción.

**5.-** Se alega también la infracción del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque «la sentencia comete el error habitual de equiparar sin matices la información proporcionada y el error padecido».

La impugnación no es correcta. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no infringe la doctrina establecida por esta sala en el sentido de que 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. El Juzgado de Primera Instancia afirma que Bankpime no facilitó a los clientes información suficiente sobre los riesgos de los bonos de Aisa y concluye que los demandantes incurrieron en un error esencial y excusable que vició su consentimiento.

**6.-** En cuanto al perfil del cliente, no existe infracción de la carga de la prueba cuando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia afirma que no se ha acreditado que pueda ser calificado el actor de inversor experto en productos financieros ni amante del riesgo.

La afirmación del recurso en el sentido de que el perfil del cliente debe ser acreditado por este y no por la entidad bancaria no es correcta, puesto que la normativa que rige el mercado de valores, incluso antes de la entrada en vigor de la normativa MiFID, obligaba a las empresas que actuaban en el mercado de valores a informarse sobre el perfil de sus clientes para facilitarles la información adecuada.

Los demandantes eran clientes de Bankpime desde hacía años, por lo que esta tenía a su disposición los datos sobre el perfil de tales clientes, y de hecho los aportó y basa en ellos algunas de las alegaciones del recurso de apelación.

**7.-** En lo que respecta al supuesto error en la valoración de la prueba, las alegaciones del recurso sobre este extremo resultan contradictorias con las relativas a la infracción de las reglas de la carga de la prueba (que suponen la ausencia de prueba sobre los hechos relevantes), y la recurrente mezcla cuestiones sustantivas y procesales que impiden saber qué es lo que está denunciando exactamente.

En todo caso, no se ha aportado al proceso la documentación en la que conste qué información facilitó el banco a los demandantes sobre la naturaleza y riesgos del producto ofertado. En el contrato suscrito no se contenía información adecuada al respecto, es más, la mención a la existencia de un pacto de recompra hacía que el cliente pudiera estar confiado en que el banco le restituiría en todo caso el precio pagado por los bonos. En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia ha actuado de un modo razonable al no otorgar trascendencia a la prueba testifical practicada a instancias de la entidad demandada.

En lo referente al perfil de los clientes, que el codemandante hubiera invertido cantidades moderadas en participaciones preferentes y en un fondo de inversión, o que tuviera un plan de pensiones, no supone necesariamente que pudiera conocer que en un contrato de compraventa de bonos celebrado con el banco «con pacto de recompra», la restitución del capital no estuviera garantizado. Tanto más cuando se trató de inversiones ofertadas por la misma entidad bancaria y no ha probado que en ellas se hubiera informado adecuadamente al cliente sobre la naturaleza y los riesgos de los productos de inversión ofertados.

**8.-** Por último, 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.

Cuando la empresa de inversión incumple su deber de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto ofertado, el error puede presumirse. El error que recae sobre el riesgo de pérdida del capital invertido es un error esencial. 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.

**9.-** La conclusión a lo expuesto es que el recurso de apelación debe ser desestimado.

**NOVENO.-** *Costas y depósito*

**1.-** No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398,

ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede condenar a Caixabank, al resultar desestimado.

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## F A L L O

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 de casación interpuesto por D. [redacted], contra la sentencia 503/2016, de 19 de diciembre, dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 867/2016.

**2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 209/2016, de 27 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 98 de Madrid.

**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación y condenar a Caixabank S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

**4.º-** Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.