

CASACIÓN núm.: 3034/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

Guiu

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

### Sentencia núm. 64/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 3 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 170/2017, de 18 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 476/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada, sobre incumplimiento contractual del pacto de recompra de valores (bonos Aisa) y, subsidiariamente, nulidad del contrato.

Son parte recurrente [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. [REDACTED] y bajo la dirección letrada de D. [REDACTED].

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 [REDACTED], interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., como sucesora de Bankpime, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«1) Con carácter principal: que se declare por Caixabank (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción), el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos Aisa, al no devolver a mi mandante, el precio de la cuantía invertida en el producto bancario denominado Bonos Aisa al vencimiento del mismo, incumpliendo sus obligaciones contractuales, y de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil, se declare la resolución de dicho contrato de fecha 14 de julio de 2.006, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida, de 15.000 mil euros, más los intereses pactados al 5% de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, 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 14 de julio de 2006, declaración de nulidad prevista en el art. 1.256 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 1.261, 1.265 y concordantes del Código Civil y de conformidad con el artículo 1.124 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 al actor de la suma invertida de 15.000 mil euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

» 4) Subsidiariamente se declare la nulidad por vicio de error en el consentimiento, con devolución de las prestaciones y de conformidad con el artículo 1.124 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 al actor de la suma invertida 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.

» 5) Subsidiariamente, se declare, que Caixabank (como sucesor de Bankpime 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 “comercializador” de los bonos Aisa en una venta asesorada, y se 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 al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución al actor de la suma invertida de 15.000 euros, más los intereses pactados de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

» 6) Subsidiariamente, se solicita que, se declare que Caixabank (como sucesor de Bankpime 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 al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de su inversión, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida 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.

» 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 26 de mayo de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, fue registrada con el núm. 693/2015.

El 26 de junio de 2015, el Juzgado dictó auto que declaraba su falta de competencia territorial y se inhibía a favor del Juzgado de Primera instancia que por turno correspondiera de Coslada.

El 1 de septiembre de 2015 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Coslada formó el procedimiento ordinario 476/2015. Una vez fue admitida a trámite la demanda, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** El procurador D. [REDACTED], 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 núm. 4 de Coslada, dictó sentencia 184/2016, de 29 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando la demanda presentada por el Procurador Mariano de la Cuesta Hernández, en representación de [REDACTED], frente a Caixabank S.A.:

» 1º) Declaro la nulidad del contrato suscrito por [REDACTED], con Bankpime, orden de suscripción de Bonos Aisa Fergo, de fecha 14/07/16, queda inválido e ineficaz.

» 2º) Condeno a Caixabank, S.A., a restituir a los demandantes quince mil euros (15.000 €), que devengarán el interés legal del dinero, desde la fecha de adeudo en cuenta hasta la presente sentencia, y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente sentencia, procediendo los demandantes, simultáneamente, a la restitución de los bonos y los rendimientos brutos percibidos durante la vigencia del contrato, junto con los intereses de dicha cantidad, conforme al interés legal del dinero desde el momento de su percepción.

» 3º) Sin expresa condena en costas».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A. La representación de se opuso 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 179/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 170/2017, de 18 de mayo, cuyo fallo dispone:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED] contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Coslada de fecha 29 de noviembre de 2016 en autos de juicio ordinario nº 476/15 debemos revocar y revocamos la misma y en su consecuencia, desestimando la demanda en su día formulada por [REDACTED], debemos absolver y absolvemos a la citada demandada de los pedimentos en ella contenidos, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ninguna de ambas 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 [REDACTED], interpuso recurso de casación.

## Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3 y en relación con el artículo 477.3, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la existencia de interés casacional, así pues, el elemento que motiva a dicho interés casacional, es la infracción de la doctrina jurisprudencial de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la apreciación de la transmisión de los contratos bancarios, integración del negocio bancario de una entidad en otra, al respecto de la cesión de contratos, asimismo al artículo 1526 del Código Civil al respecto de la cesión de créditos e infracción del artículo 1255 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la interpretación de los contratos. Legitimación pasiva de Caixabank en la presente Litis».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3 y en relación con el artículo 477.3, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la existencia de interés casacional, así pues, el elemento que motiva a dicho interés casacional, es la infracción del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (legitimación pasiva de Caixabank en la presente litis), y vulneración al artículo 7 del Código Civil en cuanto a las exigencias de la buena fe, concurriendo interés casacional y siendo este motivo en el cual se plasma la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, respecto a la legitimación pasiva que impera en la demandada Caixabank».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3 y en relación con el artículo 477.3, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la existencia de interés casacional, así pues, el elemento que motiva a dicho interés casacional, es la infracción del artículo 1113 del Código Civil, en cuanto a la validez de una cláusula que dependa de un suceso futuro e incierto y que los interesados ignoren, existiendo, en virtud del presente, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la validez de una cláusula de exclusión, que la misma vulnera el citado precepto legal».

«Cuarto.- Al amparo del artículo 477.2.3 y en relación con el artículo 477.3, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la existencia de interés casacional, así pues, el elemento que motiva a dicho interés casacional, es la infracción de la doctrina jurisprudencial de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la teoría de los Actos Propios».

«Quinto.- Al amparo 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, así como por la infracción de los artículos 7, 1255, 1526 y 1113 del Código Civil, y artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

**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 3 de julio de 2019, 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.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- [REDACTED] interpusieron una demanda contra Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank) en la que ejercitaron, en primer lugar, una acción en la que pidieron el cumplimiento del pacto de recompra existente en el contrato de adquisición de activos financieros suscrito con Bankpime; subsidiariamente, la anulación por varias razones (ausencia de consentimiento, error vicio), subsidiariamente, la resolución por incumplimiento contractual y, subsidiariamente, la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual. Los demandantes alegaban, sucintamente, que habían adquirido a Bankpime bonos Aisa por un valor nominal de 15.000 euros, con pacto de recompra, y sin haber sido informados de los riesgos que conllevaba el producto adquirido, y que cuando vencieron los bonos no les fue reintegrado su importe.

2.- Caixabank se limitó, en su contestación a la demanda, a negar su legitimación pasiva pues en el contrato por el que Bankpime le transmitió su negocio bancario, resultaron excluidos algunos pasivos, entre los que se encontrarían los pasivos litigiosos, como el que era objeto del litigio, razón por la cual desconocía lo sucedido.

3.- El juzgado desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Caixabank y estimó la acción de anulación por error vicio, puesto que no se facilitó a los demandantes la información adecuada sobre los riesgos del producto que se les ofertó.

4.- Caixabank apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia de primera

instancia y desestimó la demanda, pues estimó la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Caixabank.

**5.-** Los demandantes han interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos, que han sido admitidos.

**SEGUNDO.-** *Consideraciones previas*

**1.-** Las cuestiones planteadas en este recurso han sido ya resueltas en la sentencia 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, y en las posteriores 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, 667/2018, de 23 de noviembre, 10/2019, de 11 de enero, 339/2019, de 12 de junio, 560/2019 de 23 de octubre, y 619/2019, de 19 de noviembre.

**2.-** Todas estas sentencias, la primera de las cuales es una sentencia del pleno de la sala, dictadas en los últimos dos años, han establecido una doctrina jurisprudencial no solo en esta materia en general, sino en la concreta cuestión de la responsabilidad de Caixabank con relación a los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario que posteriormente fue transmitido por Bankpime a Caixabank.

**3.-** Pese a que todas estas sentencias (salvo las dos últimas, que en nada innovan la doctrina sentada en las previamente dictadas) son anteriores al momento en que Caixabank presentó su escrito de oposición al recurso de casación, Caixabank lo formula con base en argumentos que ya han sido rechazados de forma reiterada por este tribunal.

**4.-** Como ya dijimos en las sentencias 339/2019, de 12 de junio, y 560/2019 de 23 de octubre, que un litigante que es parte en numerosos litigios en los que se discute la misma cuestión, no esté de acuerdo con la decisión que adopte el Tribunal Supremo, no es objetable. Que, cuando se le presente la ocasión, con motivo de un nuevo recurso en que intervenga como recurrente o recurrido, intente convencer al tribunal para que modifique su jurisprudencia, es también razonable. Lo que no es comprensible es que Caixabank se oponga a los recursos formulados por sus clientes alegando los mismos argumentos que han sido ya rechazados una y otra vez por esta sala, pero sin criticarlos ni tratar de convencer a este tribunal sobre lo incorrecto de su jurisprudencia, simplemente obviándola, como si esas sentencias que resuelven recursos

prácticamente idénticos a este, que ya han rechazado esos argumentos, no se hubieran dictado.

**5.-** Dicho lo anterior, este tribunal no encuentra razones para apartarse de la jurisprudencia que tiene establecida sobre la materia, por lo que la solución que se adopte será la misma adoptada en esas sentencias anteriores.

**TERCERO.- Alegación de causas de inadmisión**

**1.-** Caixabank alega como causa de inadmisión que las alegaciones realizadas en el recurso de casación respecto de la cesión del contrato y los términos en que se produjo son cuestiones nuevas introducidas por los demandantes en su recurso de casación.

**2.-** Esta causa de inadmisión ha de ser rechazada por las mismas razones por las que lo fue en las sentencias 667/2018, de 23 de noviembre, y 339/2019, de 12 de junio. Ha sido Caixabank quien ha introducido tales cuestiones en el litigio, y sus alegaciones al respecto han sido rechazadas por el Juzgado, reiteradas en el recurso de apelación y 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.

**3.-** No parece razonable que cuando tales alegaciones de inadmisión han sido rechazadas ya en dos sentencias anteriores por este tribunal (una de ellas, anterior a su escrito de oposición al recurso), Caixabank vuelva a reiterarlas sin realizar ninguna alegación adicional destinada a mostrar que hubiéramos actuado erróneamente al rechazarlas anteriormente.

**4.-** Tampoco parece acorde a las exigencias de la buena fe que Caixabank oponga estos argumentos cuando fue la falta de información adecuada a los clientes sobre los términos en que se celebró el negocio jurídico de adquisición del negocio bancario de Bankpime, e incluso las propias manifestaciones de Caixabank en su comunicación a determinado órgano de la Administración, publicadas en el BOE (en la que Caixabank comunicaba que se había producido una fusión por absorción), lo que provocó la oscuridad sobre cuál

había sido el negocio jurídico por el que había adquirido el negocio bancario de Bankpime.

**5.-** Por último, las continuas alegaciones que Caixabank hace en su recurso en el sentido de que los recurrentes cuestionan la base fáctica de la sentencia de la Audiencia Provincial al impugnar la consideración de que Bankpime solo había traspasado a Caixabank determinados activos y pasivos, no es estimable, puesto que tal cuestión, aun basada en hechos que en lo fundamental no resultan controvertidos, tiene naturaleza de valoración jurídica susceptible de ser planteada en casación, como lo fue en los recursos en los que se dictaron las anteriores sentencias a que se ha hecho referencia y que fueron resueltos en sentido desfavorable para Caixabank.

**CUARTO.-** *Formulación de los dos primeros motivos del recurso*

**1.-** En el encabezamiento del primer motivo se alega la infracción de la jurisprudencia sobre la apreciación de la transmisión de los contratos bancarios, integración del negocio bancario de una entidad en otra, al respecto de la cesión de contratos, y de la relativa al artículo 1526 del Código Civil respecto de la cesión de créditos e infracción del artículo 1255 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la interpretación de los contratos, en lo relativo a la legitimación pasiva de Caixabank en la presente litis.

**2.-** En el desarrollo del motivo, resumidamente, los recurrentes alegan que como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por Caixabank, se produjo la cesión a esta de los contratos a través de los cuales se desarrollaba tal negocio, con la consiguiente subrogación de Caixabank en la posición jurídica ocupada por Bankpime en los mismos términos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones derivados de la suscripción de tales contratos. Tal cesión de contratos está conectada con el objeto de la adquisición, el negocio bancario de Bankpime, como unidad económica autónoma, por lo que no supuso simplemente la transmisión de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. La cesión no solo comprende derechos y obligaciones sino también otros efectos jurídicos, como las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad y los denominados derechos potestativos. El consentimiento de los demandantes no se extendió al desentendimiento de Caixabank de las reclamaciones que

podiera efectuar el cliente con relación a la relación contractual con Bankpime porque nunca tuvieron ni pudieron tener noticia de la exclusión de la transmisión efectuada de las reclamaciones derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con Bankpime.

**3.-** El segundo motivo se encabeza con un epígrafe en el que se denuncia la infracción del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (legitimación pasiva de Caixabank en la presente litis), y vulneración al artículo 7 del Código Civil en cuanto a las exigencias de la buena fe.

**4.-** En el desarrollo del motivo, los recurrentes niegan que Bankpime realizara una mera intermediación para la compra de valores y que una vez realizada esta hubiera concluido su relación contractual con los clientes. Asimismo, argumentan que no puede configurarse la transmisión de un negocio bancario de modo que el adquirente pueda dejar a su arbitrio, en perjuicio de los acreedores, la responsabilidad derivada de los pasivos de dicho negocio bancario.

**5.-** La estrecha conexión entre las cuestiones planteadas en ambos motivos aconsejan su resolución conjunta.

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

**1.-** La cláusula en 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.

**2.-** 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.

**3.-** 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, Bankpime, 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. 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, 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.

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

**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 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. 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.

**11.-** 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 bancos 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). En algunas comunicaciones públicas, Caixabank calificó incluso la operación como de fusión por absorción. 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.

**12.-** 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 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.

**13.-** Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una «reclamación contractual» (en un sentido amplio, que incluya tanto las acciones de nulidad del contrato como las derivadas del incumplimiento contractual) 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.

**14.-** 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 con base en el incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad bancaria.

**15.-** 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.

**16.-** 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, responde a las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil.

**SEXTO.-** *Decisión del tribunal (II): la legitimación pasiva en las acciones derivadas del incumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad bancaria en los contratos de adquisición de productos financieros comercializados por dichas entidades*

**1.-** Despejada la cuestión relativa a la eficacia de 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.

**2.-** En primer lugar, ha de resolverse la cuestión relativa a si la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank legitima pasivamente a esta para soportar la acción basada en el incumplimiento por la entidad bancaria de sus obligaciones en la concertación del contrato de adquisición de productos de inversión, dada la naturaleza de la intervención que en tal contrato tuvo Bankpime. Caixabank ha sostenido que la legitimación pasiva en un litigio de esta naturaleza correspondería al emisor del producto de inversión, pero no al mero comercializador, como fue el caso de Bankpime.

**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. 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, 257/2018, de 26 de abril, 667/2018, de 23 de noviembre, y 10/2019, de 11 de enero.

**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 (III): 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 alega que el contrato objeto del litigio se consumó en el momento de su celebración 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 adquiriría 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 asumir las consecuencias económicas correspondientes 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.

**OCTAVO.-** Casación de la sentencia de la Audiencia Provincial. Asunción de la instancia

**1.-** La estimación de los dos primeros motivos hace innecesario analizar el resto de motivos planteados. Y casada y dejada sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial, dado que la sentencia de primera instancia analizó el aspecto fáctico del litigio, sentando los hechos relevantes, y que el recurso de apelación versó fundamentalmente sobre cuestiones jurídicas, procede asumir la instancia y resolver las otras dos cuestiones planteadas en el recurso de apelación, en las que la Audiencia Provincial no entró al estimar el primer motivo de impugnación, referido a la falta de legitimación pasiva de Caixabank.

**2.-** Ambas cuestiones impugnaban que el Juzgado de Primera Instancia no hubiera apreciado de oficio dos óbices a la estimación de la demanda que no habían sido oportunamente planteados en la contestación a la demanda pero que Caixabank alega que el Juzgado de Primera Instancia debió apreciar de oficio.

**3.-** La primera de tales cuestiones sería la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido dirigida la demanda contra Bankpime, actualmente denominada Ipme 2002 S.A.

**4.-** En tanto que la demanda ha sido dirigida contra Caixabank como adquirente del negocio bancario de Bankpime y se ha considerado que como consecuencia de tal transmisión Caixabank está legitimada pasivamente para

soportar la acción de nulidad ejercitada por el cliente, no era necesario que Bankpime hubiera sido también demandada.

**5.-** La otra cuestión sería la caducidad de la acción de nulidad, que tampoco fue planteada oportunamente en la contestación a la demanda.

**6.-** Sin necesidad de entrar en consideraciones sobre la prudencia con la que los tribunales han de apreciar una caducidad no alegada oportunamente por aquel a quien beneficiaría, este tribunal ya ha resuelto esta cuestión con relación a este mismo tipo de contratos y en recursos en los que ha sido parte Caixabank.

**7.-** En la sentencia: 667/2018, de 23 de noviembre, declaramos:

«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».

**8.-** En este caso, dado que la fecha en que los bonos debían amortizarse y el capital invertido debía ser devuelto al cliente era el 14 de agosto de 2011, cuando el cliente interpuso la demanda, la acción no había caducado.

**NOVENO.-** *Costas y depósito*



Así se acuerda y firma.