



Roj: **STS 1941/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1941**

Id Cendoj: **28079110012019100305**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2019**

Nº de Recurso: **527/2017**

Nº de Resolución: **339/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14834/2016,**  
**STS 1941/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 339/2019**

Fecha de sentencia: 12/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 527/2017

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 06/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoctava

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 527/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 339/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 12 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 443/2016, de 24 de noviembre dictada en grado de apelación por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1130/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad.

El recurso fue interpuesto por D. Juan Pablo y D.<sup>a</sup> Miriam, representados por el procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Rodríguez de Brujón.

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 Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en nombre y representación de D. Juan Pablo y D.<sup>a</sup> Miriam, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

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

" 1.- Se declare la nulidad (ya sea absoluta o relativa, según se expuso) del referido contrato por el que se adquirieron 74 bonos de la empresa Fergo Aisa, en base a lo expuesto en los hechos y fundamentos de derecho de esta demanda. Como consecuencia de esta declaración, se condene a Caixabank, SA, al pago en concepto de restitución, del importe de cincuenta y nueve mil euros (59.000,00€), más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón.

" 2.- De forma subsidiaria a lo anterior, interesa al derecho de esta parte que se declare el incumplimiento por parte de Bankpyme SA, actualmente Caixabank, SA, de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores; o en su caso de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma. Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los Bonos de Fergo Aisa, y se condene a Caixabank, SA, al pago en concepto de restitución, del importe de 59.0000,00 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón.

" 3.- Se condene a Caixabank, SA al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia".

2.- La demanda fue presentada el 22 de junio de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid, fue registrada con el núm. 1130/2015. 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 el sobreseimiento del procedimiento por estimación de las excepciones procesales planteadas y subsidiariamente la 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. 2 de Madrid, dictó sentencia 16/2016, de 5 de febrero, que desestimó la demanda, sin hacer expresa imposición de costas.

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan Pablo y D.<sup>a</sup> Miriam. La representación de Caixabank S.A. 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 776/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 443/2016, de 24 de noviembre, en la que desestimó el recurso, sin imposición de costas y con la pérdida del depósito constituido.

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



1.- El procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en representación de D. Juan Pablo y D.<sup>a</sup> Miriam , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Traspaso de la relación comercial de Bankpyme a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la L.E.C 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. (Fundamentos de Derecho 1 a 3 de la sentencia recurrida)".

"Segundo.- Naturaleza del contrato y deberes de información del comercializador (Bankpyme-ahora Caixabank). Fundamentos de Derecho 4 y 5 de la sentencia recurrida".

"Tercero.- 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 6 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 13 de febrero 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 de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de junio de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. Juan Pablo y D.<sup>a</sup> Miriam interpusieron una demanda contra Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank), en la que ejercitaron una acción de nulidad por vulneración de normas imperativas; subsidiariamente, de anulación por error vicio; y por último, de resolución por incumplimiento contractual. En todas las acciones solicitaban la restitución recíproca de las prestaciones.

2.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, estimaron la excepción de falta de legitimación pasiva que planteó Caixabank.

3.- Los demandantes han interpuesto recurso de casación, basado en tres motivos.

### SEGUNDO.- *Consideraciones previas*

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

2.- Todas estas sentencias, la primera de las cuales es una sentencia del pleno de la sala, y todas ellas son recientes, han establecido una doctrina jurisprudencial no solo en esta materia, sino en la concreta cuestión de la responsabilidad de Caixabank con relación a los contratos suscritos por Bankpyme con sus clientes en el negocio bancario que posteriormente fue transmitido por Bankpyme a Caixabank.

3.- Pese a que todas estas sentencias son anteriores al momento en que Caixabank presentó su escrito de oposición al recurso, Caixabank alega unas causas de inadmisibilidad del recurso y formula su oposición al motivo fundamental, el relativo a su legitimación pasiva, con base en argumentos que ya han sido rechazados de forma reiterada por este tribunal.

4.- 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 alegue la inadmisibilidad y se oponga a los recursos formulados por sus clientes alegando los mismos argumentos que han sido ya rechazados de forma reiterada 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.-** *Formulación de los motivos primero y tercero 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 Excm. 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 Bankpyme a Caixabank, esta ocupó la posición contractual de la entidad 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 Bankpyme y Caixabank no habría supuesto simplemente la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino que estos han sido transmitidos 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 Bankpyme, pues no tuvieron conocimiento de los pactos por los que se pretendía excluir esa responsabilidad.

3.- El encabezamiento del tercer 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.

5.- Los argumentos de estos motivos del recurso, y de la oposición que a los mismos ha formulado Caixabank, son reiteración de los alegados en el recurso que fue resuelto por la sentencia 667/2018, de 23 de noviembre , en el que intervinieron los mismos abogados, por lo que reproduciremos los argumentos de esta sentencia para resolver el presente recurso, al no existir razón que justifique que nos apartemos de lo que ya hemos declarado.

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

1.- Al igual que sucedió en el anterior recurso a que se ha hecho referencia, Caixabank alega tres causas de inadmisibilidad, que ya fueron rechazadas en la anterior sentencia.

En primer lugar, alega que el recurso de casación es inadmisibile 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 , 257/2018, de 26 de abril , y en la más reciente 10/2019, de 11 de enero , 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 Bankpyme y los demandantes con relación a la adquisición por estos de los productos financieros complejos y a la posición que en dicha relación tenía Bankpyme; la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpyme y los clientes; y la interpretación del contrato suscrito entre Bankpyme 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.-** También se reitera en este recurso 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 ha de ser rechazada por las mismas razones por las que lo fue en la sentencia 667/2018, de 23 de noviembre, a que se viene haciendo referencia. Ha sido Caixabank quien ha introducido tales cuestiones en el litigio, y sus alegaciones al respecto han sido aceptadas por el Juzgado de Primera Instancia y 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 de nuevo la falta de interés casacional del recurso.

**6.-** Como ya se dijo en la anterior sentencia a la que se están haciendo constantes referencias, 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 casacional era aún más claro cuando Caixabank presentó su escrito de oposición al recurso, pues la tesis de la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de este tribunal, conocida por la recurrida que formula esas alegaciones puesto que todas esas sentencias se han dictado en recursos en los que Caixabank era parte, en algunos de ellos incluso con la misma asistencia letrada.

**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 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, 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. 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 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.

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

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.-** Caixaabank, 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 Caixaabank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si Caixaabank 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 Caixaabank, 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 Caixaabank 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 y exigencia de responsabilidad contractual 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 Caixaabank, 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 Caixaabank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por Caixaabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos clientes pudieran ejercitar contra Caixaabank 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 Caixaabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos.

#### **OCTAVO.-** *Estimación del recurso y devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial*

**1.-** La consecuencia de lo expuesto es que procede casar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y afirmar la legitimación pasiva de Caixaabank respecto de la demanda promovida por los hoy recurrentes.

**2.-** Ahora bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciar la falta de legitimación pasiva de Caixaabank, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, salvo en lo relativo a la legitimación pasiva, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta, por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado la legitimación pasiva de Caixaabank. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

#### **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 .
- 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 .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Juan Pablo y D.ª Miriam contra la sentencia 443/2016, de 24 de noviembre, dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 776/2016 .
- 2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.
- 3.º- Devolver las actuaciones al referido tribunal de apelación para que, una vez que ha resultado fijada la legitimación pasiva de Caixabank, dicte nueva sentencia en que se pronuncie sobre las demás cuestiones litigiosas, de hecho y de derecho. La apelación y el eventual recurso extraordinario que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.
- 4.º- No imponer las costas del recurso de casación.
- 5.º- Devolver a los recurrentes 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.