



Roj: **STS 4205/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4205**

Id Cendoj: **28079119912017100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **29/11/2017**

Nº de Recurso: **3587/2015**

Nº de Resolución: **652/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 3587/2015

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**

**PLENO**

**Sentencia núm. 652/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D<sup>a</sup>. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto en Pleno el recurso de casación respecto de la sentencia 280/2015 de 6 de octubre, aclarada por auto de 28 de octubre de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 910/2013 del Juzgado de Primera Instancia 15 de Valencia, sobre nulidad contractual.

El recurso fue interpuesto por Caixabank S.A., representado por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y asistido por el letrado D. Óscar Quiroga Sardi.

Son parte recurrida D. Francisco y D. Matías, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Azpeitia Bello y asistidos por el letrado D. Fernando Ibáñez Simó.

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



## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Jesús Quereda Palop, en nombre y representación de D. Francisco y D. Matías, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia: «[...] por la que:

» 1º.- Se declare la nulidad de los contratos y las órdenes de adquisición por vicio del consentimiento con el reintegro o devolución de las prestaciones; o alternatively se declare resolución de los contratos bancarios y de las órdenes de adquisición por incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información por mis representados, tanto en fase precontractual como durante la pendencia del contrato, condenado (sic) en cualquiera de ambos casos a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración.

» 2º.- Se condene a la entidad demandada por estimación de la anterior declaración a reintegrar a mis representados la cantidad de veinticuatro mil euros (24.000 ?) como capital invertido, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuanto de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas percibidas por los actores más el interés legal desde su recepción, más las comisiones y gastos de custodia y mantenimiento abonados que deberán igualmente ser reintegrados a mis mandantes.

» 3º.- Asimismo, que se declare la titularidad de la demandada sobre los instrumentos objeto del presente litigio, condenándose a la entidad a subrogarse en los productos de inversión contratados por los actores para lo cual se facilitará por parte de los actores, en caso de que fuera necesario, la puesta de disposición de los instrumentos.

» 4º.- Se impongan las costas del presente procedimiento a la entidad demandada».

2.- La demanda fue presentada el 18 de junio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia 15 de Valencia y fue registrada con el núm. 910/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Margarita Sanchis Mendoza, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, solicitando la absolución de su representado con expresa imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia 15 de Madrid dictó sentencia 72/2015 de fecha 30 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando como estimo la demanda formulada por Francisco y Matías representada por el Procurador Jesús Quereda Palop debo declarar y declaro la nulidad de los contratos y de las órdenes de compra de los valores que se especifican en la demanda, con restitución recíproca de las prestaciones en el sentido indicado.

» Asimismo debo condenar y condeno a la demandada al abono a la parte actora de la suma de 24.000 euros, más el interés legal desde la contratación del producto, así como al pago de las 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 D. Francisco y D. Matías se opusieron al recurso interpuesto de contrario. 2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 403/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 280/2015 de 6 de octubre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: 1. Estimamos en parte el recurso interpuesto por Caixabank SA.

» 2. Revocamos la sentencia apelada, en el sentido de que: » a. Estimamos en parte la demanda formulada por don Francisco y Don Matías contra Caixabank S.A. » b. Declaramos la nulidad de las órdenes de compra suscritas por los demandantes, el 3 y 5 de septiembre de 2007 de bonos emitidos por General Motors S.A. en el año 2003, denominados "7,25 % Notes due July, 3,2013", (Código iSIN NUM000 ), y denominados en USD". Por importe de 16.970'40 ? don Francisco , cargados en cuenta el 5 de septiembre de 2007, y por importe de 5.654'40 ? don Matías , cargados en cuenta el 3 de septiembre de 2007. » c. Condenamos a Caixabank SA a que abone a los demandantes la suma total de 22.624'80 ?, más el interés legal de esa cantidad desde las mencionadas fechas, más los gastos que los demandantes le hubieren abonado a consecuencia de él, menos los rendimientos que hubieran obtenido los demandantes.

» d. No hacemos expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

» 3. Imponemos a la recurrente las costas de esta alzada.

» Devuélvase el depósito constituido para recurrir».



Con fecha 28 de octubre de 2015 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Aclaremos la sentencia nº 280 de fecha 6-10-2015 recaída en el Rollo de apelación 000403/2015, dimanante del juicio ordinario nº 910/2013, tramitados por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, en el siguiente sentido:

» En el apartado 2.c del Fallo donde dice: "Condenamos a Caixabank SA a que abone a los demandantes la suma total de 22.624'80 €, más el interés legal de esa cantidad desde las mencionadas fechas, más los gastos que los demandantes le hubieren abonado a consecuencia de él, menos los rendimientos que hubieran obtenido los demandantes", debe decir, "Condenamos a Caixabank S.A. a que abone a los demandantes la suma total de 22.624'80 €, más el interés legal de esa cantidad desde las mencionadas fechas, más los gastos y comisiones que los demandantes le hubieren abonado a consecuencia de él, menos los rendimientos que hubieran obtenido los demandantes".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Margarita Sanchis Mendoza, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Errónea inclusión del contrato de compraventa de valores en los activos y pasivos adquiridos por Caixabank de Bankpime, y admisión de acción de nulidad frente a quien no ha sido parte en el contrato».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, infracción del artículo 1301 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Errónea identificación del día a quo en la computación del plazo de **caducidad** de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento objeto del presente procedimiento». «Tercero.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la falta de legitimación pasiva de Caixabank en las reclamaciones cursadas por responsabilidad contractual derivada de la actividad de Bankpime, sobre la que resulte de manera expresa la sentencia objeto del presente recurso».

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 31 de mayo de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- D. Francisco y D. Matías presentaron escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2017. Por providencia de 13 de septiembre de 2017 se acordó suspender el señalamiento y su pase a conocimiento del pleno de la sala y, por providencia de 18 de octubre de 2017 se acordó señalar para pleno el 22 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

1.- Son hechos fijados en la instancia que el 28 de agosto de 2007, los demandantes suscribieron con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (en lo sucesivo, Bankpime) sendas órdenes de compra de bonos de General Motors Company con vencimiento en julio de 2013 y un valor nominal de 24.000 euros, por los que pagaron 22.624,80 euros.

Bankpime no informó a sus clientes sobre la naturaleza y riesgos del producto de inversión que comercializó.

Los demandantes no recibieron el cupón de dichos bonos que les correspondía percibir en julio de 2009. El banco les informó de que la empresa emisora de los bonos había sido intervenida por el gobierno norteamericano, que los bonos habían dejado de producir intereses y que su valor se había reducido drásticamente.

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

habían intervenido también los tres accionistas de referencia de Bankpime «únicamente a los efectos de comprometerse a votar a favor de los acuerdos de la Junta General de Bankpime».

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

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

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

En la cláusula cuarta del contrato se estableció:

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

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

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

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

**3.-** Con posterioridad a la celebración del «contrato de compraventa del negocio bancario», los demandantes recibieron de Caixabank una comunicación estandarizada informándoles de «las principales mejoras que se incorporarán a sus productos y servicios financieros, una vez esté completada la integración operativa del negocio bancario del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpime) en Caixabank, S.A». También recibieron de Caixabank las comunicaciones periódicas relativas a las relaciones contractuales que había suscrito con Bankpime.

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

**4.-** Los demandantes interpusieron una demanda contra Caixabank el 18 de junio de 2013, en la que solicitaron que se declarara la nulidad de las órdenes de adquisición de los bonos de General Motors por vicios del consentimiento o, alternativamente, la resolución de los contratos bancarios y de las órdenes de adquisición por incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, y en caso de estimación de cualquiera de ambas acciones, se condenara a Caixabank a devolver la cantidad invertida con sus intereses, con subrogación de Caixabank en la titularidad de los productos de inversión objeto del contrato.

**5.-** El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos y condenó a Caixabank a restituir a los demandantes el nominal de los bonos adquiridos, 24.000 euros. Desestimó la excepción de **caducidad** de la acción por entender que el cómputo del plazo debía hacerse desde la consumación del contrato y no desde su perfección. Y afirmó que los demandantes habían incurrido en error invalidante del consentimiento porque Bankpime no había cumplido los deberes de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores.

**6.-** Caixabank apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, salvo en lo relativo a la cantidad a reintegrar a los demandantes, que fijó en el importe de lo efectivamente abonado por la compra de los bonos y no en el importe nominal de estos.



La Audiencia afirmó que Caixabank tenía legitimación pasiva, lo que justificó mediante la transcripción parcial de varias sentencias de otras Audiencias que así lo habían afirmado. Conforme a los argumentos contenidos en las sentencias transcritas, Caixabank, con arreglo al contrato que celebró con Bankpime, pasó a ocupar la posición contractual que este tenía respecto de sus clientes en los contratos celebrados por estos con Bankpime, objeto del negocio bancario transmitido, en virtud del «Contrato de compraventa de negocio» de 29 de septiembre de 2011, mediante el que se transmitió el negocio bancario de Bankpime a Caixabank como unidad económica.

El contrato celebrado entre Bankpime y Caixabank no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les daba sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Esa cesión no solo comprendió derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos.

El cliente consintió la cesión contractual, porque continuó trabajando con Caixabank sin protesta alguna. Pero su consentimiento no puede extenderse a que la cesionaria se desentienda de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con Bankpime, porque nunca tuvo noticia ni medio de conocer que las reclamaciones que por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran hacerse, derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con Bankpime, estuvieran excluidas de la transmisión efectuada entre tales entidades.

Según la Audiencia Provincial, estamos en presencia de una verdadera cesión de contratos, entre ellos los suscritos con Bankpime por los demandantes, de manera que Caixabank debe responder ante los demandantes de igual forma y con idéntico alcance que lo haría Bankpime, al haber asumido expresamente la posición contractual de este, si bien de acuerdo con las condiciones pactadas entre ambas sociedades en la transmisión del negocio bancario, el cedente no quedó liberado de responsabilidad frente al cesionario ante una hipotética acción de repetición que este pudiera dirigirle.

A continuación, la Audiencia Provincial desestimó la excepción de **caducidad** porque el momento inicial del plazo de **caducidad** no era el de la emisión de la orden de compra, sino el del momento en que los recurrentes fueron conscientes del error en el consentimiento contractual, conforme a la doctrina sentada en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, que transcribió en parte. Aplicando esta doctrina, la Audiencia Provincial concluyó que la acción de nulidad se ejercitó antes de que transcurriera el plazo de **caducidad** del art. 1301 del Código Civil.

Finalmente, la Audiencia Provincial confirmó la existencia de error en el consentimiento porque la entidad financiera que comercializó los bonos no cumplió con los deberes de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores, pues los demandantes no tuvieron a su disposición información sobre los riesgos del producto.

Por todo lo cual, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, salvo en lo relativo a la cantidad a reintegrar a los demandantes, que fijó en 22.624,80 euros, importe de lo efectivamente pagado por los demandantes por la adquisición de los bonos de General Motors.

**7.-** Caixabank ha interpuesto recurso de casación articulado en tres motivos, que han sido admitidos.

Lo que se formula como un tercer motivo del recurso no lo es en realidad, puesto que en él no se denuncia una infracción legal sino que se justifica la existencia de interés casacional, por contradicción en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con relación a la infracción legal denunciada en el primer motivo (falta de legitimación pasiva de Caixabank en las reclamaciones cursadas por responsabilidad contractual derivada de la actividad de Bankpime). Por tal razón, no será objeto de examen autónomo, puesto que solo sirve para justificar el interés casacional determinante de la admisión del primer motivo del recurso.

**8.-** Pocos días antes del señalado para la primera deliberación, votación y fallo del recurso, Caixabank presentó un escrito en el que comunicaba, como hecho nuevo, 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. De dicho escrito se dio vista a la parte recurrida, que presentó un escrito con sus alegaciones.

**SEGUNDO.- Irrelevancia de la alegación de «hecho nuevo»**

**1.-** Como cuestión previa, no es razonable que un supuesto «hecho nuevo» que derivaría de una resolución judicial dictada el 16 de mayo de 2017, sea comunicado a este tribunal varios meses después de su

acaecimiento y pocos días antes del señalado en un primer momento para la deliberación, votación y fallo del recurso.

El trámite a dar a dicha alegación, conforme a lo previsto en el art. 286.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige dar audiencia a la otra parte, habría determinado casi con toda seguridad la suspensión del señalamiento realizado meses antes, lo que solo se evitó porque se abocó el conocimiento del asunto al pleno del tribunal, por lo que la suspensión del señalamiento no vino determinado por la conducta de la recurrente sino por las necesidades del propio tribunal.

No son admisibles conductas que socavan seriamente la organización del trabajo de este tribunal como la observada por la recurrente, que se vienen produciendo con reiteración.

2.- Por otra parte, 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.

3.- 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.

La cuestión es tan obvia que no necesita de explicaciones adicionales.

#### **TERCERO.-** *Formulación del primer motivo del recurso*

1.- El primer motivo tiene este encabezamiento:

«Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Errónea inclusión del contrato de compraventa de valores en los activos y pasivos adquiridos por Caixabank de Bankpime, y admisión de acción de nulidad frente a quien no ha sido parte en el contrato».

2.- Los argumentos expuestos en este motivo pueden sinterizarse en varios puntos.

El primero de ellos es que los demandantes no habrían podido siquiera dirigir la acción de nulidad, con solicitud de restitución, contra Bankpime porque este fue intermediario en la compra del producto de inversión, los bonos de General Motors, pero no fue el vendedor.

Un segundo argumento consiste en que aunque Bankpime hubiera sido vendedor de los bonos, el contrato estaba consumado en el momento de la venta del negocio bancario a Caixabank, por ser un contrato de tracto único, por lo que no pudo ser objeto de cesión por Bankpime a Caixabank.

También se argumenta que aunque se entendiera que dicho contrato hubiera podido ser objeto de cesión en la venta del negocio bancario, Caixabank y Bankpime incluyeron en el contrato una cláusula que excluía de la cesión los «pasivos contingentes», las reclamaciones presentes o futuras.

3.- Vamos a resolver en primer lugar la tercera de las cuestiones planteadas, pues consideramos que es la que presenta un mayor interés casacional.

#### **CUARTO.-** *Decisión del tribunal (I). Ineficacia frente a los clientes de la exención de los «pasivos contingentes» de la transmisión del negocio bancario*

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

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

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

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



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

**3.-** Una interpretación de esta cláusula como la que sostiene Caixabank ha de considerarse fraudulenta, al intentar oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime, pues defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como este, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación al no aprobarse el convenio.

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

**5.-** Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre Caixabank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena.

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

De aceptarse la tesis de Caixabank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank, retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

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

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

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

**7.-** Además de lo expuesto, que bastaría para desestimar el argumento impugnatorio, debe añadirse que en este caso es necesario proteger la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y Caixabank.



Como se ha dicho, la operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario (como efectivamente había sido), con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes (mismas oficinas, mismos empleados). Con base en esta apariencia, los clientes tenían derecho a confiar en que no se limitaría su derecho a ejercitar frente al nuevo titular del negocio bancario las acciones basadas en el desenvolvimiento del negocio bancario anterior al momento en que se produjo tal transmisión.

Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que Caixabank invoca. Las cláusulas del contrato celebrado entre Bankpime y Caixabank en las que este pretende fundar las limitaciones que impedirían a los clientes ejercitar contra él las acciones derivadas de los contratos enmarcados en el negocio bancario transmitido, eran desconocidas para los clientes de Bankpime que pasaron a serlo de Caixabank con base en la transmisión operada, como es el caso de los demandantes. **8.-** 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.

**9.-** 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, invocados como fundamento del motivo del recurso de casación.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal (II). 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, deben resolverse los demás argumentos impugnatorios planteados en este motivo.

En primer lugar, el relativo a que la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank no legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de los bonos porque Bankpime tampoco lo habría estado, pues su intervención en el contrato fue la de un simple intermediario.

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

**2.-** Los demandantes adquirieron los bonos de General Motors porque Bankpime los comercializaba y se los ofertó. No consta si los bonos adquiridos por los demandantes habían sido emitidos directamente por General Motors para esa operación o si fueron transmitidos por un anterior titular.

**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, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras. Lo hemos hecho más recientemente y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.

**4.-** Hemos afirmado en esta última sentencia que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos 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, 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.

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 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.

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.

7.- 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.

**SEXTO.-** *Decisión del tribunal (III). La cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario*

1.- CaixaBank argumenta en su recurso que, incluso en el caso de que se hubiera considerado que Bankpime tuvo en su día legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por su intervención en el contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos de General Motors, CaixaBank no tiene tal legitimación porque cuando se suscribió el contrato de transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank, el contrato de compraventa de los bonos estaba consumado, al ser un contrato de tracto único, cuyas prestaciones estaban ya realizadas en el momento de la transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank.

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

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

3.- Es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha afirmado que para que se produzca la cesión de un contrato es preciso que este sea un contrato con prestaciones sinalagmáticas que no hayan sido cumplidas todavía. Pero el negocio celebrado entre Bankpime y CaixaBank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si CaixaBank está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebraron los demandantes con Bankpime.

4.- La Audiencia Provincial, al reproducir y asumir lo declarado sobre esta cuestión por otras Audiencias, consideró que se trató de una transmisión global, por Bankpime a CaixaBank, de determinada posición jurídica y del conjunto de efectos contractuales que dimanaban de esa posición jurídica, sin posibilidad de descomponerla en diferentes negocios transmisivos.

5.- La tesis de la Audiencia Provincial se considera correcta. 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.

6.- 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

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

Esta conclusión se ve reforzada en este caso por la íntima relación existente entre el contrato de adquisición de los bonos y el contrato de custodia y administración de los mismos, de ejecución continuada, celebrados entre los demandantes y Bankpime.

7.- 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.

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

#### **SÉPTIMO.-** *Formulación del motivo segundo del recurso*

1.- El encabezamiento del segundo motivo del recurso es el siguiente:

«Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, infracción del artículo 1.301 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Errónea identificación del "dies a quo" en la computación del plazo de **caducidad** de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento objeto del presente procedimiento».

2.- En el desarrollo del motivo, además de algunas cuestiones de naturaleza heterogénea que nada tienen que ver con la infracción legal denunciada en el epígrafe, se alega que la acción estaría caducada porque el contrato cuya nulidad se solicita es de tracto único y su consumación se identifica con la perfección del contrato, que se celebró en 2007 mientras que la demanda se interpuso en junio de 2013.

3.- De no aceptarse lo anterior, el recurrente alega que las primeras noticias sobre las dificultades de General Motors se produjeron a finales de 2008 y principios de 2009, y los demandantes reconocen que solo se les pagaron los rendimientos del producto adquirido en 2008 y que en 2009 el banco les comunicó que su producto no generaba intereses porque el gobierno de Estados Unidos había intervenido General Motors, por lo que también habría caducado la acción.

#### **OCTAVO.-** *Decisión del tribunal. La **caducidad** de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos*

1.- 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.

2.- 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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en



general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

**3.-** La Audiencia Provincial ha resuelto correctamente la cuestión al recoger esta jurisprudencia mediante la extensa transcripción de lo declarado en nuestra sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. Por tanto, la tesis que fundamenta el recurso de casación formulado, consistente en que el contrato quedó consumado en el momento de su perfección y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, queda descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia de esta sala sobre la fecha inicial del plazo de **caducidad** de este tipo de acciones.

**4.-** Tampoco pueden admitirse las alegaciones relativas al *dies a quo* [día inicial del plazo], pues suponen una alteración de la base fáctica sobre la que se asienta la sentencia de la Audiencia Provincial, que es inatacable en casación. Aunque la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial es escueta, es claro que asume la tesis de que los demandantes conocieron los datos que mostraban la existencia de su error cuando dejaron de recibir el rendimiento de los bonos correspondiente al año 2009, que debieron haber percibido en el mes de julio, y el banco lo justificó por la intervención de General Motors por el gobierno norteamericano, que había tenido lugar pocos días antes.

Pretender modificar lo anterior mediante la alegación de hechos que no constan en la base fáctica fijada en la instancia, de los que resultaría un supuesto conocimiento por los demandantes de su error al contratar el producto de inversión, excede de lo admisible en el recurso de casación.

**NOVENO.-** *Costas y depósito*

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Caixabank S.A., contra la sentencia 280/2015 de 6 de octubre, aclarada por auto de 28 de octubre de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 403/2015.

**2.º-** Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación así como la pérdida del depósito constituido.

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.