



Roj: **STS 212/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:212**

Id Cendoj: **28079110012018100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **1323/2016**

Nº de Resolución: **55/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 55/2018

Fecha de sentencia: 01/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1323/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Rafael Saraza Jimena**

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta.

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1323/2016

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. 55/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. **Rafael Saraza Jimena**

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 1 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 66/2016 de 8 de marzo dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia



Provincial de Palma de Mallorca , como consecuencia de autos de juicio ordinario 666/2014 del Juzgado de Primera Instancia 19 de Palma de Mallorca, sobre nulidad de contrato de adquisición de participaciones preferentes.

El recurso fue interpuesto por Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D.ª Elisabeth Valencia Ortega.

Es parte recurrida D.ª Marisol , representada por la procuradora D.ª Ana Flor Martínez Blanco y bajo la dirección letrada de D. Manuel Vich Salas.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas, en nombre y representación de D.ª Marisol , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank (antes Bankpime) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» - Declare nulo, junto con la indemnización de daños y perjuicios causados, del contrato participaciones preferentes Kaupthing Bank suscrito entre mi mandante y la adversa, por importe de dieciséis mil novecientos treinta y dos euros con ochenta céntimos (16.932,80 euros);

» - O, alternativamente anulable, junto con la indemnización de daños y perjuicios causados, del contrato participaciones preferentes Kaupthing Bank suscrito entre mi mandante y la adversa, por importe de dieciséis mil novecientos treinta y dos euros con ochenta céntimos (16.932,80 euros);

» - O bien, subsidiariamente a las dos declaraciones anteriores, la resolución contractual, junto con la indemnización de daños y perjuicios causados, del contrato participaciones preferentes Kaupthing Bank suscrito entre mi mandante y la adversa, por importe de dieciséis mil novecientos treinta y dos euros con ochenta céntimos (16.932,80 euros);

» - En consecuencia, se proceda al restablecimiento de la situación anterior a tales operaciones, con su recíproca devolución de las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses, que operará del siguiente modo:

» - Que se condene a la demandada a devolver a la actora el importe de las participaciones preferentes, descontados los rendimientos obtenidos, importe que se determinará en la sentencia o en ejecución de la misma.

» - Que se condene a la demandada a satisfacer a la actora los intereses legales devengados por el capital invertido en la suscripción de las participaciones preferentes desde la fecha de su suscripción, hasta su completo pago.

» -Que se condene a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 16 de septiembre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia 19 de Palma de Mallorca, fue registrada con el núm. 666/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Catalina Salom Santana, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda solicitando la absolución de su representada y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia 19 de Palma de Mallorca, dictó sentencia 168/2015 de 8 octubre , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda de D.ª Marisol , representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ferragut Cabanellas frente a la entidad Caixabank SA declaró la nulidad de contrato de participaciones preferentes litigioso, condenando a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones debidas, así como el abono de los intereses respectivamente devengados.

» Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales».

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.ª Marisol se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 569/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 66/2016 de 8 de marzo, en la que desestimó el recurso y condenó al apelante al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Catalina Celeste Salom Santana, en representación de Caixabank S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

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

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 1.255 y 1.257 del Código Civil. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º, ambos de la LEC, concurriendo interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de entender cedido un contrato cuyas obligaciones sinalagmáticas han sido ya cumplidas y no se encuentran pendientes. Las Sentencias del Tribunal Supremo a las que se opone la sentencia recurrida son la Sentencia de 19 de enero de 2002 y la de 9 de julio de 2003».

«Segundo.- Infracción de los artículos 1.255 y 1.257 del Código Civil. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º, ambos de la LEC, concurriendo interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la legitimación pasiva de Caixabank».

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 28 de junio de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- D.^a Marisol se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Son hechos fijados en la instancia que el 6 de marzo de 2008, D.^a Marisol, una mujer de edad avanzada, suscribió con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (en lo sucesivo, Bankpime) una orden de compra de participaciones preferentes del banco islandés Kaupthing, por las que pagó 16.932,80 euros. La cliente no recibió la información adecuada sobre la naturaleza y los riesgos del producto comercializado por Bankpime.

2.- El 1 de diciembre de 2011 se elevó a escritura pública el «contrato de compraventa de negocio bancario», suscrito el 29 de septiembre de ese mismo año, por el que Bankpime transmitió a Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank) «su negocio bancario como **unidad económica**» (cláusula primera). En dicho contrato habían intervenido también los tres accionistas de referencia de Bankpime «únicamente a los efectos de comprometerse a votar a favor de los acuerdos de la Junta General de Bankpime».

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

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

«El Vendedor cederá al Comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero, el negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas



otras actividades relacionadas o derivadas del Negocio Transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime».

En la cláusula cuarta del contrato se estableció:

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

[...]

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

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

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

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

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

4.- D^a Marisol interpuso una demanda contra Caixabank el 16 de septiembre de 2014, en la que formuló varias pretensiones de forma alternativa, entre las que estaba que se declarara la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes de Kaupthing y se condenara a Caixabank a devolver la cantidad invertida, descontados los rendimientos obtenidos, con sus intereses.

5.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones de falta de legitimación pasiva y de caducidad de la acción y afirmó que la demandante había 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. En consecuencia, estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes litigioso y condenó a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones debidas, así como el abono de los intereses respectivamente devengados.

6.- Caixabank apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

La Audiencia afirmó que Caixabank tenía legitimación pasiva, lo que justificó mediante la transcripción parcial de una sentencia anterior, respecto de un asunto planteado en los mismos términos, en que así lo había afirmado.

A continuación, la Audiencia Provincial desestimó la excepción de caducidad, 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 las participaciones preferentes no cumplió con los deberes de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores.

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

Lo que se formula como un segundo motivo del recurso de casación 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 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.



Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la vulneración del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la falta de estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva. Se alega que es problemático que la cuestión deba plantearse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, pero que este tribunal ha admitido que se formule por una u otra vía, indistintamente.

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

El primero de ellos es que Bankpime fue intermediario en la compra del producto de inversión, las participaciones preferentes, pero no fue el emisor. El contrato existente entre la cliente y Bankpime fue de intermediación, no de compraventa.

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

Por último, 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.

TERCERO.- *Decisión del tribunal. (I) Consideraciones previas*

1.- Es ciertamente dudoso que las cuestiones planteadas por Caixabank en su escrito puedan fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que tienen una naturaleza fundamentalmente sustantiva: se refieren a la naturaleza de la relación jurídica que en su día existió entre Bankpime y la demandante con relación a la adquisición por esta de las participaciones preferentes de Kaupthing Bank y a la posición que en dicha relación tenía Bankpime; la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpime y la cliente; y la interpretación del contrato suscrito entre Bankpime y Caixabank por la que aquella transmitió a esta su negocio bancario.

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

No obstante, dado que el recurso extraordinario por infracción procesal fue admitido a trámite, y siendo cierto que se trata de una cuestión problemática y que la frontera entre lo sustantivo y lo procesal, en materia de legitimación pasiva, es muchas veces difusa, no procede inadmitir en este trámite el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que debemos entrar a analizar las razones expresadas en el mismo para impugnar la sentencia recurrida.

3.- Vamos a resolver en primer lugar la tercera de las cuestiones planteadas, pues consideramos que es la que presenta un mayor interés. Para resolver tanto esta como el resto de las cuestiones planteadas, seguiremos los argumentos que ya expusimos en la sentencia del pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre, en el que abordamos un supuesto prácticamente idéntico al que es objeto de este recurso, y en el que se planteaban las mismas cuestiones que en el presente recurso, sin que la recurrente haya expuesto argumentos que nos lleven a modificar el criterio que ya sentamos en la sentencia del pleno.

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

1.- Caixabank impugna la decisión de la Audiencia Provincial de reconocerle la legitimación pasiva en la acción de nulidad del contrato por el que la demandante adquirió las participaciones preferentes emitidas por Kaupthing Bank. 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 no es admisible. Pretender oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime para quedar exenta de responsabilidad frente a esos terceros defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como **unidad económica**. Máxime en un caso como este, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación al no aprobarse el convenio.

4.- Por tal razón, esa cláusula carece de eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los clientes de Bankpime que por la transmisión del negocio bancario pasaron a serlo de CaixaBank. Es CaixaBank, no la Audiencia Provincial, quien sostiene un argumento que vulnera el art. 1257 del Código Civil, al pretender que una cláusula del contrato que celebró con Bankpime afecte a terceros ajenos al contrato y que no han prestado su 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 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 [...]».

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.

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 la demandante.

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 .

QUINTO.- *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, 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 las participaciones preferentes porque la intervención de Bankpime en el contrato fue la de un simple intermediario, por lo que no podía ceder una posición contractual de la que carecía.

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

2.- La demandante adquirió las participaciones preferentes de Kaupthing Bank porque Bankpime los comercializaba y se las ofertó. No consta si las participaciones preferentes adquiridas por la demandante habían sido emitidas directamente por Kaupthing Bank para esa operación o si fueron transmitidas 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, unas participaciones preferentes) 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 (IV). La cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario*

1.- CaixaBank argumenta en su recurso que, incluso en el caso de que se hubiera considerado que Bankpime tuvo en su día legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por su intervención en el contrato por el que la demandante adquirió las participaciones preferentes de Kaupthing Bank, 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 las participaciones preferentes 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 celebró la demandante con Bankpime.



4.- El negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una **unidad económica**. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como **unidad económica**, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a Caixabank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito.

5.- La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una **unidad económica**, en cuya operación se enmarcaba y 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 las participaciones preferentes y el contrato de custodia y administración de las mismas, de ejecución continuada, celebrados entre la demandante y Bankpime.

6.- De haberse tratado de una simple cesión individual de contratos (que, por otra parte, era incompatible con que la causa de tales cesiones fuera la transmisión del negocio bancario como **unidad económica**), tal cesión debería haber sido consentida por cada uno de los clientes, a los que se debería haber informado de los términos en que se había producido la cesión y haber recabado la prestación de su consentimiento.

Sin embargo, solo se informó a los clientes de la transmisión del negocio bancario y la sustitución de Bankpime por Caixabank, como hecho consumado, sin comunicarles las pretendidas limitaciones de los derechos de los clientes frente al cesionario de los contratos ni solicitarles que consintieran la cesión, en esos términos, del contrato o contratos que les vinculaba a Bankpime.

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

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

Recurso de casación

SÉPTIMO.- *Formulación del recurso de casación*

1.- El recurso de casación se articula en dos motivos. El primero de ellos denuncia la infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de entender cedido un contrato cuyas obligaciones sinalagmáticas han sido ya cumplidas y no se encuentran pendientes.

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

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

4.- Como ya se dijo, este motivo no tiene naturaleza de tal, puesto que se limita en la práctica a transcribir parcialmente varias sentencias de Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre la cuestión objeto del recurso, unas a favor de las tesis de la recurrente y otras en contra.

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



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

NOVENO.- Costas y depósitos

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

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Caixabank S.A., contra la sentencia 66/2016 de 8 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación núm. 569/2015.

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

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.