

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2017 (652/2017)**

**Cesión de contrato y cesión de negocio bancario.
Vicio del consentimiento en la compraventa de bonos**

Comentario a cargo de:
FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2017

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

ID CENDOJ: 28079119912017100035

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZA JIMENA

Asunto: Nueva sentencia sobre error vicio en contrato celebrado por una entidad bancaria, esta vez de compraventa de bonos. La singularidad de esta sentencia está en que también se aborda la diferencia entre cesión del contrato y cesión del negocio y la eficacia frente a los clientes de la exención de los pasivos contingentes en la transmisión del negocio bancario.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. Ineficacia frente a los clientes de la exención de los pasivos contingentes de la transmisión del negocio bancario. 5.2 La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión. 5.3 La cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario. 5.4. La caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos. 5.5. Conclusión. 6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Los hechos que la sentencia considera probados son los siguientes:

Los demandantes suscribieron con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (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.

El 1 de diciembre de 2011 se elevó a escritura pública el denominado “contrato de compraventa de negocio bancario”, suscrito el 29 de septiembre de ese mismo año, por el que Bankpime transmitió a CaixaBank S.A. (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 (CaixaBank) 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”.

En la cláusula segunda del citado contrato, bajo la rúbrica “cesión del negocio transmitido”, 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 Compra-

dor los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extra-contractuales 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.

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.

Los demandantes interpusieron 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 en la titularidad de los productos de inversión objeto del contrato.

2. Solución dada en primera instancia

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, por cuanto 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.

Asimismo, 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.

3. Solución dada en apelación

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, confirmando la de sentencia de primera instancia 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, pues 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.

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.

Asimismo, 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.

Por último, 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.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Caixabank interpuso recurso de casación articulado en tres motivos, pero el formulado como tercero 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 es objeto de examen autónomo, puesto que solo sirve para justificar el interés casacional determinante de la admisión del primer motivo del recurso.

Los motivos de casación son los siguientes:

A) “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”.

Este motivo se desarrolla en tres cuestiones:

- a) 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.
- b) Que, aunque Bankpime hubiera sido vendedor de los bonos, el contrato estaba consumado en el momento de la venta del negocio bancario a Caixa-bank, por ser un contrato de tracto único, por lo que no pudo ser objeto de cesión por Bankpime a Caixabank.
- c) Que, aunque se entendiera que dicho contrato hubiera podido ser objeto de cesión en la venta del negocio bancario, Caixa-bank y Bankpime incluyeron en el contrato una cláusula que excluía de la cesión los “pasivos contingentes”, las reclamaciones presentes o futuras.

B) “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”.

Se alega, por tanto, la caducidad de la acción 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.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Ineficacia frente a los clientes de la exención de los pasivos contingentes de la transmisión del negocio bancario*

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 es estimado por el Tribunal Supremo por las siguientes razones.

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.

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.

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 posteriormen-

te 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.

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 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 [...]”.

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.

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.

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.

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.

5.2. *La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión*

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.

El Tribunal Supremo, 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 (SSTS 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016 de 1 de diciembre; por último, STS 477/2017, de 20 de julio).

Así, 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.

En definitiva, si se aceptara la tesis de Caixabank, se privaría 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 invalidante 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.

5.3. La cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario

Caixabank argumenta en su recurso que carece de legitimación pasiva, incluso en el caso de que se hubiera considerado que Bankpime la tuviera en su momento, 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.

Dicho argumento también es rechazado por el Tribunal Supremo.

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.

Es cierto que la jurisprudencia de la 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.

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.

La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido. La 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.

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.

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.

5.4. La caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos

La Sala reitera la doctrina jurisprudencial acerca 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 ya establecida en SSTS 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.

De este modo, 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 es, 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.

5.5. Conclusión

La pretensión de la demanda es la nulidad por error invalidante del contrato de compra de bonos de General Motors Company suscrito por los demandantes y el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (Bankpime), por cuanto Bankpime no informó a sus clientes sobre la naturaleza y riesgos del producto de inversión que comercializó. Dicha pretensión es estimada básicamente en las dos instancias, confirmando el Tribunal Supremo la sentencia dictada en apelación de acuerdo con la doctrina jurisprudencial ya consolidada acerca del incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Por todas y por último, puede verse la posterior STS 1 de marzo de 2018 (pero con anterioridad, SSTS (Pleno) 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; y SSTS 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre).

No obstante, el litigio presente otros problemas. Básicamente son los siguientes:

1. La eficacia frente a los clientes de la exención de los pasivos contingentes de la transmisión del negocio bancario.

El Tribunal Supremo entiende, con buen criterio, que la exclusión de determinados contratos y, por tanto, la exención de los pasivos contingentes es incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

Una interpretación contraria se debe considerar fraudulenta, pues supondría oponer la cláusula de exención a terceros ajenos al contrato.

2. La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión.

El Tribunal Supremo sostiene, en este punto, la doctrina jurisprudencial de reconocimiento de 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 (SSTS 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016 de 1 de diciembre; por último, STS 477/2017, de 20 de julio). De este modo, se reconoce la legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, respecto de la acción de nulidad del contrato.

3. La cesión de la posición contractual en el negocio bancario.

Como señala el Tribunal Supremo, el negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por una de ellas (para lo que haría falta el consentimiento de todas las partes contractuales), sino la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, es decir, 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.

Es en el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, donde Bankpime se desprende de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a Caixa-bank, incluida, así, la cesión de los contratos celebrados con sus clientes.

4. La caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos.

La Sala reitera la doctrina jurisprudencial acerca 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 ya establecida en SSTS 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.

De este modo, dice la sentencia comentada, en las relaciones contractuales complejas, 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 es, 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.

6. Bibliografía

- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010, págs. 273 y sigs.
- CASTILLA BAREA, M., “El error en el consentimiento del inversor minorista por falta de información como causa de anulación de los contratos de inversión e instrumentos financieros complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016, 1514)”, *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, núm. 102, 2016, págs. 311-344.
- CORDÓN MORENO, F., “Consideraciones de las sentencias del Tribunal Supremo en el caso Bankia sobre cuestiones procesales: los hechos notorios, la aplicación de presunciones y la prohibición del cambio de demanda”, *Publicaciones Jurídicas* www.uclm.es/centro/cesco, 7 de marzo de 2016.
- CORDÓN MORENO, F., “Acción declarativa de nulidad de un contrato de venta de acciones y prejudicialidad penal (caso Bankia): dolo contractual y falsedad contable”, *Publicaciones Jurídicas* www.uclm.es/centro/cesco, 2 de marzo de 2016.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I, Introducción. Teoría General del Contrato*, 6ª ed., Cizur Menor, 2007, págs. 198 y sigs.
- JUAN GÓMEZ, M.: “Permutas financieras y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual”, en *Actualidad Civil*, Núm. 9, Editorial La Ley, septiembre 2016, págs. 4-19.
- MARÍN NARROS, H. D., “Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTs de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 758, noviembre 2016, págs. 3.439-3.460.
- MARTÍNEZ MURIEL, A. “Problemática de la comercialización de productos bancarios complejos para gente corriente. Especial referencia a los contratos de permuta de tipos de interés”, *Revista Abogacía*, nº 8, junio 2011, págs. 61-71.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., “Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los swaps en la jurisprudencia del tribunal supremo. ¿Un salto en el vacío?”, *Revista de Derecho Actual*, Vol. IV (2017).
- MUÑIZ ESPADA, E., “Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, septiembre 2013, págs. 3.021-3.062.
- REDONDO TRIGO, F., “La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, págs. 625-655.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C., “La correcta determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulación de los contratados bancarios complejos. El fin de una larga polémica. Comentarios a la STS de Pleno de la Sala Primera de 12 de enero de 2015 – red. 2290/2012”, *Diario La Ley*, núm. 8495, 2015.