

CASACIÓN núm.: 833/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez
Valls

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

Sentencia núm. 560/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 496/2016, de 27 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 925/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, sobre acciones de cumplimiento de contrato, subsidiaria de anulación y subsidiaria de resolución contractual.

Es parte recurrente D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por el procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Rodríguez de Brujón y Fernández.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Angel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D.^a Laura Ranz Bravo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en nombre y representación de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...]se dicte Sentencia por la que:

» Que declare/condene a Caixabank como sucesor por fusión por absorción de Bankpime, y condene a la misma a:

» 1) Con carácter principal: que se declare por Caixabank (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción), el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos Aisa, al no devolver el precio de los bonos o importe de la inversión efectuada al vencimiento de los mismos, incumpliendo sus obligaciones contractuales, y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 24.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción, y que se declare que la titularidad de todos los títulos pase a la entidad demandada, una vez se haya restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la demandada. Con condena expresa a la demandada de las costas causadas.

» 2) Subsidiariamente, se declare nula la orden de compra de los bonos Aisa Fergo de fecha 26 de septiembre de 2008, declaración de nulidad prevista en el art. 1256 CC, con todos los pedimentos subsidiarios que a continuación se exponen, y que también sirven para la nulidad del contrato de compraventa de bonos Aisa.

» 3) Subsidiariamente, declare la nulidad del contrato por ausencia o falta de consentimiento, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1261, 1265 y concordantes del Código Civil y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 24.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 4) Subsidiariamente se declare la nulidad por vicio de error en el consentimiento, con devolución de las prestaciones y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 24.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 5) Subsidiariamente, se declare, que Caixabank (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción) ha sido "negligente" en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como "prestador de servicios de inversión" y "comercializador" de los bonos Aisa en una venta asesorada, y de [sic] declare la resolución del contrato de suscripción de bonos Aisa en los términos recogidos en el cuerpo do [sic] la presente demanda y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 24.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 6) Subsidiariamente, se solicita que, se declare que Caixabank (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción) ha sido "negligente" en el cumplimiento de sus obligaciones de "seguimiento de la Inversión e Información permanente" como asesor de inversiones y custodio y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 24,000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción.

» 7) De forma cumulativa con las anteriores peticiones subsidiarias, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas».

2.- La demanda fue presentada el 24 de junio de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, fue registrada con el núm. 925/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Miguel Montero Reiter, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, alegando la excepción de falta de legitimación pasiva y solicitando la desestimación de la demanda y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, dictó sentencia 218/2016, de 4 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando la demanda planteada por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX representado por el procurador de los Tribunales don Mariano de la Cuesta Hernández contra Caixabank S.A. representado por el Procurador de los Tribunales, don Miguel Montero Reiter, declaro resuelto el contrato de compraventa denominado Bonos Fergo Aisa por un valor nominal de 24.000 euros celebrado el día 21 de julio de 2006, condenando a la demandada a pagar al actor el importe de la inversión realizada de 24.000 euros, más intereses legales desde la fecha de la contratación, descontando el importe bruto de los intereses o bonos percibidos por el actor, con sus intereses, debiendo el actor devolver los citados bonos.

» Se imponen a la demandada las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixabank S.A. D. XXse opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 902/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 496/2016, de 27 de diciembre, cuyo fallo dispone:

«Estimando el recurso de apelación planteado por Caixabank S.A. representada por el Procurador D. Miguel Angel Montero Reiter contra Sentencia de fecha 4 de julio de 2016 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid en autos de Juicio ordinario nº 925-2014 promovidos a instancia de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX representado por el Sr. Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández contra la ya citada parte, debemos revocar y revocamos la citada resolución que queda sin efecto y, en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, debemos absolver y absolvemos a Caixabank de todas las pretensiones contra la misma ejercitadas en el escrito de demanda. No procede especial pronunciamiento sobre las costas procesales de la primera instancia ni sobre las causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, en representación de D. García-Quismondo, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Traspaso de la relación comercial de Bankpime a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la LEC y vulneración de las normas legales y la jurisprudencia de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo en cuestiones relativas a la cesión de los contratos (Fundamento de Derecho Tercero, de la sentencia recurrida)».

«Segundo.- En virtud del artículo 477.3 de la LEC, necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva que le compete a la entidad demandada Caixabank. Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de febrero de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. XX interpuso una demanda contra Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank) en la que ejercitó, en primer lugar, una acción en la que pidió el cumplimiento del pacto de recompra existente en el contrato de adquisición de activos financieros suscrito con Bankpime; subsidiariamente, de anulación por error vicio y, subsidiariamente, de resolución por incumplimiento contractual. El demandante alegaba, sucintamente, que había adquirido a Bankpime bonos de Fergo Aisa por un valor nominal de 24.000 euros, con pacto de recompra, y sin haber sido informado de los riesgos que conllevaba el producto adquirido.

2.- El juzgado desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Caixabank, desestimó la acción de cumplimiento del pacto de recompra por no estar probada su existencia, declaró caducada la acción de anulación por error vicio y estimó la acción de resolución contractual interpuesta por el demandante con carácter subsidiario.

3.- Caixabank apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al banco demandado, pues estimó la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Caixabank.

4.- El demandante ha interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Consideraciones previas*

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

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

3.- Pese a que todas estas sentencias son anteriores al momento en que Caixabank presentó su escrito de oposición al recurso de casación, Caixabank lo formula con base en argumentos que ya han sido rechazados de forma reiterada por este tribunal. La alegación de que las sentencias anteriores abordan la legitimación pasiva de Caixabank en relación con acciones de nulidad contractual, y no en relación con acciones basadas en el incumplimiento contractual, es completamente inane, puesto que la naturaleza de la acción es completamente irrelevante para decidir esta cuestión. Buena prueba de ello es que los argumentos que Caixabank exponía en los recursos interpuestos en los asuntos en los que la acción ejercitada era la de nulidad

contractual, son justamente los mismos que ahora expone cuando la acción estimada por el juzgado fue la basada en el incumplimiento contractual.

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

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

TERCERO.- Irrelevancia de la alegación de «hecho nuevo»

1.- La alegación de hechos nuevos formulada por Caixabank también ha sido resuelta en anteriores recursos sobre esta misma cuestión, por lo que procede reiterar los razonamientos expuestos en anteriores sentencias.

2.- 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.

4.- La cuestión es tan obvia que, una vez más, no necesita de explicaciones adicionales.

CUARTO.- *Formulación de los motivos del recurso*

1.- El epígrafe del primer motivo tiene este contenido:

«Traspaso de la relación comercial de Bankpime a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la LEC y vulneración de las normas legales y la jurisprudencia de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo en cuestiones relativas a la cesión de los contratos».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la relación negocial entre Bankpime y Caixabank no supuso simplemente la transmisión de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Y que esa cesión no solo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son los derechos potestativos. La cláusula que invoca Caixabank por la que se excluirían de la cesión ciertos pasivos supone, según el recurrente, un pacto en fraude de acreedores.

3.- En el segundo motivo se hace mención a la «necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva que le compete a la entidad demandada Caixabank» y se relacionan diversas sentencias dictadas por Audiencias Provinciales, que divergen en la solución de esta cuestión.

4.- En realidad, este segundo motivo no es tal, sino que supone la justificación del interés casacional del anterior.

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

1.- La cláusula en que Caixabank funda su excepción de falta de legitimación pasiva, estimada por la Audiencia Provincial, no supone la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

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

cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes "cedidos" ni contar con su aquiescencia.

2.- Una interpretación de esta cláusula como la que se admite en la sentencia recurrida no es admisible. Hacerla valer frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime para quedar exenta de responsabilidad frente a esos terceros supone defraudar los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como este, en que el cedente, Bankpime, se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación al no aprobarse el convenio.

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

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

5.- No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de Caixabank, formulada al amparo de dicha cláusula y

estimada en la sentencia recurrida. Como alega el recurrente, tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente.

6.- La solución admitida por la sentencia recurrida supone que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

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

7.- Este tribunal ha considerado en otros supuestos en los que se ha traspasado el negocio rentable a otra entidad y se ha pretendido dejar a una sociedad insolvente las obligaciones derivadas del negocio que se traspasaba, que se trata de un fraude de ley en cuanto que supone una operación que, al amparo del texto de una norma, perseguía un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es la desprotección del crédito.

8.- Así ocurrió, por ejemplo, con varias sentencias del caso Ercros-Ertoil (sentencia 873/2008, de 9 de octubre, y las que en ella se citan). En estas sentencias se consideró que constituía un fraude de ley la operación, en este caso societaria, por la que se transmitió un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma sin que resultaran garantizados los créditos de los acreedores de la sociedad transmitente, puesto que los acreedores vieron reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos y la sociedad deudora quedó sin patrimonio con que responder, en fraude de sus acreedores, como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros. Este tribunal concluyó que ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, claramente preocupado por

evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias que son provocados por los mismos deudores (artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que a la protección del crédito puede provocar este tipo de operaciones de transmisión patrimonial en bloque.

9.- Además de lo expuesto, debe añadirse que en este caso es necesario proteger la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y Caixabank.

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

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

11.- Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una "reclamación contractual" (en un sentido amplio, que incluya tanto las acciones de nulidad del contrato como las derivadas del incumplimiento contractual) depende de la voluntad de Caixabank de atender a las solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de Caixabank, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente, y este efectúe una reclamación.

12.- Se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que este entablara con base en el incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad bancaria.

13.- 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.

14.- Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, responde a las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil.

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

1.- Despejada la cuestión relativa a la eficacia a la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank y aceptada por la Audiencia Provincial para estimar la falta de legitimación pasiva de tal entidad, deben abordarse las demás cuestiones atinentes a dicha legitimación pasiva.

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

3.- Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, 718/2016, de 1 de diciembre, y 477/2017, de 20 de julio. Respecto de los litigios en los que es parte Caixabank y que se refieren a la cesión de contratos por la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, lo hemos afirmado en las sentencias 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, 667/2018, de 23 de noviembre, y 10/2019, de 11 de enero. Por las mismas razones, hemos de afirmar su legitimación pasiva en las acciones basadas en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas de inversión en la comercialización de productos financieros, como hemos declarado en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.

4.- En esa sentencia hemos declarado que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

5.- 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.

6.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión, en este caso un banco, que comercializa el producto financiero, para soportar la acción derivada del incumplimiento por la empresa de inversión de sus obligaciones en la comercialización de estos productos y responder de las consecuencias negativas para el cliente derivadas de tal incumplimiento.

7.- 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 incumplimiento en que se basa la acción consiste en el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

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

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

2.- Caixabank alega que el contrato objeto del litigio se consumó en el momento de su celebración sin que haya desplegado efecto adicional alguno.

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

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

4.- La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido la cesión de los contratos. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que esta cesión incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre estas últimas está la de soportar pasivamente las acciones de exigencia de responsabilidad contractual, en su sentido más amplio, de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y asumir las consecuencias económicas correspondientes en caso de que tales acciones fueran estimadas.

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

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

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

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

1.- Casada y dejada sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial, dado que la sentencia de primera instancia analizó el aspecto fáctico del litigio, sentando los hechos relevantes, y que el recurso de apelación versó fundamentalmente sobre cuestiones jurídicas o bien impugnó pronunciamientos inexistentes (como la recompra del producto o la anulación del contrato por vicio del consentimiento), procede asumir la instancia y resolver el resto de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, en las que la Audiencia Provincial no entró al estimar el primer motivo de impugnación, referido a la falta de legitimación pasiva de Caixabank.

2.- La siguiente cuestión que se plantea por Caixabank en su recurso de apelación viene referida a que la compraventa de valores que se formaliza tras una orden de transferencia del valor en cuestión, no puede ser objeto de impugnación o anulación «por ninguna causa».

3.- La impugnación no puede ser estimada, puesto que nada impide que el cliente bancario ejercite frente a la empresa que opera en el mercado de valores las acciones que le corresponden derivadas del incumplimiento por dicha empresa de inversión de sus obligaciones de información al cliente, bien sea la de cumplimiento del contrato, bien la de nulidad por error vicio, bien la de exigencia de responsabilidad contractual por incumplimiento.

4.- En el siguiente apartado del recurso de apelación, Caixabank alega la inexistencia de vicio del consentimiento por dolo o error.

5.- En tanto que la sentencia que se recurre en apelación no estimó la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, pues la declaró caducada, esta impugnación es completamente inane, pues se impugna un pronunciamiento inexistente.

6.- Otro tanto ocurre con el siguiente apartado del recurso de apelación, en la que se alega el inexistente incumplimiento del pacto de recompra por parte de Caixabank, puesto que la sentencia apelada desestimó la acción de cumplimiento del pacto de recompra al declarar que no existía prueba adecuada de su existencia.

7.- En el siguiente apartado del recurso de apelación se alega que no existió incumplimiento de las obligaciones de información por parte de Caixabank, puesto que tal incumplimiento sería imputable en todo caso a Bankpime, a quien Caixabank no habría sucedido en su posición contractual al existir un pacto de exclusión de los pasivos contingentes.

8.- En tanto que esta impugnación se basa en los mismos argumentos que fundaron la excepción de falta de legitimación pasiva de Caixabank, y al resolver el recurso de casación ya se ha motivado sobre la improcedencia de tal excepción, nos remitimos a lo dicho al resolver el recurso de casación.

9.- Otro tanto ocurre con la última cuestión que sirve de fundamento al recurso de apelación, la relativa al ejercicio de las pretensiones de la actora al margen del procedimiento concursal de Bankpime. Esta impugnación parte de que la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales no ha sido transmitida por Bankpime a Caixabank. Una vez que esta tesis ha sido desestimada en el recurso de casación, esta impugnación queda sin fundamento.

10.- Por último, dado que en el recurso de apelación no se formulaba impugnación alguna con relación a que se hubiera estimado una acción de resolución del contrato y restitución de la inversión con base en el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores, la sala no puede entrar en la cuestión de si el incumplimiento de esta obligación puede servir para fundar una acción de resolución contractual, por cuanto que el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la «sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso». Por

tal razón, la resolución del recurso de apelación no puede extenderse a cuestiones no planteadas en el recurso.

11.- La conclusión de lo expuesto es que el recurso de apelación debe ser desestimado.

NOVENO.- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede condenar a Caixabank, al resultar desestimado su recurso.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX contra la sentencia núm. 496/2016, de 27 de diciembre, dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 902/2016.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 218/2016, de 4 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a Caixabank S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.