

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008

Tfno.: 914933929

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0128793

Recurso de Apelación 201/2017



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 767/2015

APELANTE: D. CARLOS

PROCURADOR D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

APELADO: CAIXABANK, S.A.

PROCURADOR D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA Nº 295/2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Dª LUISA Mª HERNAN-PÉREZ MERINO

D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diecisiete. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 767/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, seguidos entre partes, de una como demandante-apelante, **DON CARLOS**, representados por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, y de otra, como demandada-apelada, **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, en fecha 17 de octubre de 2016, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que desestimando la demanda interpuesta por Don Carlos absuelvo a Caixabank sin hacer expreso pronunciamiento en materia de costas.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, **DON CARLOS**, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el 21 de junio de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Carlos, interpuso demanda de juicio ordinario contra CAIXABANK S.A. como sucesora por fusión por absorción de Bankpime, por Incumplimiento por parte de Caixabank de sus obligaciones contractuales del pacto de recompra de valores, interesando se declare la resolución del contrato de adquisición de valores de fecha 16 de julio de 2006 de 12 Bonos de Aisa Fergo y se condene a la demandada CAIXABANK al pago de la cantidad de 12.000 € más los intereses legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses.

Subsidiariamente interesa se declare la nulidad de la orden de compra de fecha 16 de julio de 2006 de 12 Bonos de Aisa Fergo, por un valor nominal de 12.000 Euros, se ha producido por la demandada el incumplimiento de las obligaciones legales de lealtad, información en el momento de la contratación del producto, diligencia en cuanto a la orden de venta del producto y su recompra por parte de la entidad Caixabank, declarando nulo el

contrato y condenando a la demandada CAIXABANK al pago de 12.000 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, más los intereses Legales sobre estos importes hasta su efectivo pago, compensando todo ello con los importes recibidos por la parte actora en concepto de intereses.

En el suplico de la demanda interesaba:

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. incumpliendo sus obligaciones contractuales, y de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil, se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida, de 12.000 euros, más los intereses pactados al 5% de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, 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 16/07/2006, declaración de nulidad prevista en el art. 1.256 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 1.261, 1.265 y concordantes del Código Civil y de conformidad con el artículo 1.124 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 al actor de la suma invertida de 12.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

4) SUBSIDIARIAMENTE se declare la nulidad por error en el consentimiento,

con devolución de las prestaciones y de conformidad con el artículo 1.124 de Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida de 12.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

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 asesora, y se declare la resolución del contrato de suscripción de bonos Aisa en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución al actor de la suma invertida de 12.000 euros, más las intereses pactados de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

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 al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de su inversión, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida de 12.000 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

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

La parte actora ejercita con carácter principal la resolución del contrato al amparo del art 1124 en relación con el 1114 del CC por incumplir la demandada su obligación de recompra de los bonos (doc. 5 de la demanda) y por falta de asesoramiento en la ventas y falta de información del riesgo.

De forma subsidiaria interesa la nulidad de aquel contrato por falta de consentimiento, art 1261, 1262, 1265 y concordantes. Subsidiariamente a la anterior ejercita la nulidad por error en el consentimiento, art 1265 CC.

Subsidiariamente a lo anterior ejercita la nulidad por error en el consentimiento, art 1265 CC. Por vicio de error en el consentimiento prestado por la actora para la contratación de los bonos Aisa.

La sentencia desestima la demanda al apreciar la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada.

Frente a la sentencia de instancia se alza la parte actora interesando se revoque y estime la demanda alegando:

A.- Legitimación pasiva de la demandada que se subrogó en todos los derechos y obligaciones de Bankpime que comercializó los bonos Aisa e irrelevancia de la existencia de IPME 2012 (anteriormente Bankpyme).

B.- El contrato de compra de bonos con pacto de recompra tiene la misma naturaleza que el préstamo, a la que se aplica la legislación de los productos bancarios de depósitos y no de la de valores, es decir las normas de la CNMV (doc. 19 bis demanda).

C.- Concurren los requisitos legales para exigir la nulidad, anulación de las acciones de responsabilidad por incumplimiento ejercitadas. Inexistencia de caducidad.

D.- Irrelevancia del concurso de acreedores de Fergo Aisa y de la existencia de IPME 2.012.

SEGUNDO.- La entidad demandada y apelada interesó la desestimación del recurso, alegando la inexistencia de legitimación activa de los actores, la pasiva de la demandada y la caducidad de la acción de nulidad.

TERCERO.- Se rechazan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada

Hechos probados documentalmente:

A.- Los padres de los actores, suscribieron a través de Bankpime unos bonos de la empresa Aisa, 12 bonos por importe de 12.000 € por sugerencia del departamento comercial de la oficina de Bankpime de Madrid, con un interés del 5% anual por los cinco años que dura la inversión, con un pacto de recompra de los bonos a su vencimiento. Por su valor nominal (Doc. 5.).

B.- Mediante contrato privado de compraventa de negocio de 29 de septiembre de 2011, elevado a público mediante escritura notarial de 1 de diciembre de 2011, BANKPIME, S.A transmite al comprador CAIXABANK los activos y pasivos que conforman su negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, "sin sucesión universal" según se dice en dicho contrato, de 29 de septiembre de 2011.

C.- El BOE de 9 de febrero de 2012 comunica la fusión por absorción de Bankpyme por Caixabank publicando la Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se cancela la autorización número 225 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a la Entidad Banco de la Pequeña y Mediana Empresa-Bankpime. Y así dice: "Visto el escrito remitido por la entidad Caixabank, en el que comunica la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa-Bankpime por Caixabank, Este Departamento dicta la siguiente Resolución: Se procede a cancelar la autorización número 225 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria, correspondiente a la entidad Banco de la Pequeña y Mediana Empresa-Bankpime. En consecuencia, la citada entidad deberá proceder a la inmediata cancelación de las cuentas restringidas a que se refiere el artículo 5 de la Orden EHA/2027/2007, de 28 de junio (BOE de 9 de julio), sin perjuicio de la eventual aplicación de lo previsto en el apartado primero, punto cuarto, de la Instrucción número 1/2008, de 27 de febrero, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria."

D.- Las informaciones publicadas en prensa sobre el acuerdo entre "Bankpime" y "Caixabank" se refieren a la transmisión de la totalidad del negocio bancario y de gestión de fondos de "Bankpime". En esta línea se dirige a todos sus clientes comunicándoles lo siguiente: "Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con Caixabank para transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la clientela, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión". Asimismo, "La Caixa" remite una carta a los clientes de "Bankpime" en los siguientes términos: "como fase final del proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de Bankpyme, vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios técnicos de su oficina habitual dentro de la red de oficinas de La Caixa". (Sentencia Sección 10 AP Madrid nº 76/2017 de 7 febrero).

E.- Vencidos los bonos el 14 de agosto de 2011 Caixabank incumplió su obligación de recompra de los bonos.

CUARTO.- BANKPIME comercializó los bonos, por lo que estaría legitimada pasivamente de dirigirse la acción contra ella, y la trasmite a Caixabank. (Vid infra)

Los bonos fueron emitidos por la entidad mercantil AISA y fueron comercializados por Bankpime, según se alega en demanda/recurso, reconoce en la contestación (pág. 18 in fine), y el informe pericial (doc. 13 demanda).

La legitimación ad causam viene configurada con referencia a la acción, al contenido mismo del derecho, siendo la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado, pudiendo ser legitimación directa cuando su relación con la situación jurídica material es directa, y legitimación por representación cuando quien actúa en el proceso es el representante del titular del derecho cuya tutela jurídica se pretende.

La legitimación pasiva de Bankpime en cuanto intervino como intermediaria en la adquisición de aportaciones cuales las que también aquí se trata, se origina porque lo que se

insta en la demanda no es la declaración de nulidad de la suscripción del activo financiero, contrato de suscripción que el banco concierta con el emisor en ejecución de la orden que le fue dada por el inversor y en virtud del cual se adquieren esos mismos títulos por cuenta y en nombre del ordenante, sino que lo que se pretende por el demandante es el incumplimiento de Caixabank como sucesor de Bankpime, de la obligación de recompra que consta en la orden de compra, y en la declaración subsidiaria de nulidad de la propia orden de suscripción de títulos o, subsidiariamente la declaración de responsabilidad contractual de la demandada (Bankpime) en la contratación de dichos productos.

Esta última contratación es una comisión mercantil (art 244 del Código de Comercio), en que ha de actuar la entidad bancaria con la diligencia exigible, que en este caso lo es a un comerciante experto (STS de 15 de julio de 1988); y además el negocio mediado por la entidad bancaria es un negocio de inversión al que resulta de aplicación la normativa del mercado de valores que impone a ésta un especial deber de información para con sus clientes en torno a la adopción por ellos de decisiones de inversión; de tal manera que siendo este deber de información el que se sostiene en la demanda infringido resulta la ahora recurrente indudablemente legitimada pasivamente al ser su conducta la que debe ser objeto de enjuiciamiento. Vid sent. nº 197/2015 de 16 de octubre Sección 5ª A.P. Vizcaya.

En parecidos términos se ha venido pronunciando la Secc. 3ª de esa misma Audiencia, así entre otras en sentencia de 10 de junio de 2015 en que, con remisión a su sentencia de 21 de febrero de 2014 dice que "... tal falta de legitimación pasiva no resulta apreciable pues en toda actividad de intermediación (como es el mandato, la comisión, o cualquier otra relación por la que se comercializan productos ajenos), se dan dos planos diferenciados: el propio de la intermediación entre el mediador y el cliente, en el cual se gesta el contrato proyectado, y del que deriva las consecuencias del acto al definitivo titular de la obligación, de tal forma que en ambas relaciones jurídicas se dan derechos y deberes distintos, y en la intermediación, y por lo que aquí interesa, la información de las características del producto la ha de dar aquel que tiene relación con el cliente y comercializa el producto, siendo otra cosa distinta que el emisor, a su vez, esté obligado a publicar los datos precisos que exija la normativa aplicable".

La sentencia de la A.P. de Vizcaya de 17 de Julio del 2013 (AC 2013, 1655) recoge

que: "incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad, demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781), por lo que resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento."

Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito, frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión, de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3).

Al margen de ello, no puede aceptarse que se afirme que Bankpime carece de la necesaria legitimación pasiva para soportar la acción, ex art. 10 LEC cuando fue ella la que comercializó el producto con sus vicios sin que en instante alguno interviniera personal de la entidad emisora, lo que supone que sus efectos también respondan al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC).

QUINTA.- La legitimación pasiva de Caixabank.

La demandada adujo su falta de legitimación pasiva sobre la base de que únicamente había adquirido determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de Bankpime, sin concurrencia de un supuesto de sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos

contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieren derivarse de la actividad de Bankpime, aduciendo además que ésta entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión se había producido a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de Bankpime.

La compraventa del negocio bancario de BANKPIME por CAIXABANK se realizó en sede de un proceso de reestructuración bancaria motivado por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras, entre ellas BANKPIME de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma (así se expone en el encabezamiento del contrato suscrito entre ambas entidades el 29 de septiembre de 2011(doc. 12 demanda, folios 89 y ss), lo que motivó que transmitiera al comprador CAIXABANK los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, "sin sucesión universal" según se dice en dicho contrato, de 29 de septiembre de 2011, contrato privado que fue elevado a público mediante escritura notarial de 1 de diciembre de 2011(fol. 81 y ss)

CAIXABANK, S.A. ostenta legitimación pasiva en base al primer párrafo del art. 10 de la LEC., desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con BANKPIME, S.A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los padres de los actores, respecto del contrato celebrado por éste con la citada BANKPIME, S.A. y en virtud del "Contrato de compraventa de negocio" de 29 de septiembre de 2.011 a la que ella misma se refiere. Así se concluye a la vista de la cláusula primera de dicho contrato, que revela el objeto del mismo, a cuyo tenor, se transmite el negocio bancario de BANKPIME, S.A. a CAIXABANK, S.A., como unidad económica.

Y no sólo la apelada tiene dicha legitimación pasiva conforme al precepto mencionado, sino que también, de acuerdo a las razones que seguidamente se expondrán, al recurrente asiste el correspondiente derecho de acción frente a CAIXABANK, S.A., que a diferencia de la legitimación pasiva, que apunta a la capacidad procesal de las partes referida a un proceso concreto, por estar las mismas en cierta relación con el objeto de litigio, atiende al éxito de la pretensión, para lo cual es preciso demostrar que se está asistido de la acción de derecho material que se utiliza y que se han probado los elementos que éste exige para su

validez y eficacia, así como los hechos determinantes en cada caso. Así lo han destacado, entre otras, las S.S. T.S. de 11 de abril y 18 de mayo de 1.962, 6 de noviembre y 2 de diciembre de 1.964, 24 de abril y 27 de noviembre de 1.969.

La mencionada transmisión de negocio operado entre ambas sociedades conlleva una serie de relaciones jurídicas heterogéneas que son objeto de dicha transmisión, comprendiéndose en el activo, entre otros, la "Cesión del negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido". En esta concreta transmisión de activos, CAIXABANK, S.A. asume y así se lee en el contrato, la posición contractual de BANKPIME, S.A.

Como refiere la sentencia nº 76/2017 de 7 de febrero de la Sección 10 de la A.P. de Madrid:” Sin embargo, las noticias e informaciones que aparecen en prensa ponen de manifiesto que se ha producido una sucesión universal entre ambas entidades, que ninguna de ellas desmintió. Así expusimos en sentencia de 14 de septiembre de 2016 de esta misma sección que: "CapitalMadrid.com se hace eco de la noticia en los siguientes términos: "El banco de "La Caixa" se quedará con el negocio financiero de la entidad" (refiriéndose a Bankpime), añadiendo que "Bankpime se lo pone fácil a sus accionistas minoritarios ante su absorción por CaixaBank". Otra publicación puntualiza que "Caixabank" ha llegado a un acuerdo con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, Bankpime, para adquirir la totalidad de su actual negocio bancario y de gestión de fondos. El Periódico.com indica que "La Caixa ultima la absorción del banco catalán "Bankpime". De esta última publicación aportan los demandantes copia que obra al folio 58 de este procedimiento.

Como hemos dicho anteriormente, las entidades afectadas no desmienten dichas informaciones sino que corroboran las mismas, así señalamos en la sentencia referida de 14 de septiembre de 2016 que "Bankpime remite una carta a todos sus clientes con el siguiente contenido: "Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con Caixabank para transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la clientela, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión"; también "La Caixa" les dirige una comunicación en el mismo sentido: "como fase final de proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de Bankpime, vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios

técnicos de su oficina habitual dentro de la red de oficinas de "La Caixa".

En definitiva, tanto "Bankpime" como "Caixabank" transmitieron e hicieron creer a los clientes de la primera entidad y, concretamente, a la parte actora, que se había producido una sucesión universal, consecuencia de una absorción, transmitiéndose la totalidad de las obligaciones inicialmente asumidas por "Bankpime" a "Caixabank"; no pudiendo ahora la demandada contravenir sus propios actos, en perjuicio de la parte actora.

Sobre la teoría de los actos propios se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de febrero y 15 de julio de 2.008, 21 de abril de 2005, 16 de septiembre de 2004 y 22 de enero de 1997, entre otras; "teniendo su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla" (sentencia de la Sala Primera de 31 de enero de 2012).

En el supuesto que nos ocupa, no cabe duda que la actuación de ambas entidades bancarias ha generado la creencia de una absorción con sucesión universal de la totalidad de los productos bancarios, que incluso aparece reflejada en la publicación de la resolución del Ministerio de Hacienda (BOE de 9 de febrero de 2012), en la cual se cancela la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, refiriéndose al escrito remitido por "Caixabank", al comunicar "la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa Bankpime por Caixabank".

Por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de BANKPIME, S.A., a la que es aplicable la normativa propia de la cesión de créditos establecida en los arts. 1.526 y siguientes del Código Civil, nos encontramos también con otras cesiones contractuales, entre las que se encuentran los contratos celebrados por el

apelante con BANKPIME, S.A.

La cesión del contrato en cuanto tal no se encuentra regulada en el Código Civil, aunque es generalmente admitida por la jurisprudencia y por la doctrina científica. Previstas solamente en nuestro Código la cesión de créditos y la asunción de deudas, el anclaje normativo de la cesión contractual debe residenciarse en el art. 1.255 del Código Civil y, por tanto, en el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo través las partes de un contrato pueden acordar la cesión del mismo. Se trata, por consiguiente, de un negocio jurídico atípico, excepto determinados supuestos regulados por las leyes que no son aquí de aplicación.

En el contrato de 29 de septiembre de 2.011, celebrado entre BANKPIME, S.A. y CAIXABANK, S.A., esta última asume la posición contractual de la primera en relación con el negocio bancario de la cedente y ello comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba BANKPIME, S.A., sin modificación de la relación jurídica establecida con el actor, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma.

Desde un punto de vista dogmático y como se encarga de recordar la S.A.P. de Madrid (Sección Décima), de 26 de enero de 2.011, objetivamente y también desde una perspectiva subjetiva, es válida una transmisión global de determinada posición jurídica, en definitiva, del conjunto de efectos contractuales que dimanen de la misma, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios transmisivos como créditos y obligaciones generados por ella. Existe entonces un negocio plurilateral que en cuanto tal -es muy importante subrayarlo- "precisa del concurso de voluntades de todos los sujetos implicados, cedente, cesionario y parte contractual cedida".

Por consiguiente, la relación negocial seguida entre BANKPIME, S.A. y CAIXABANK, S.A. 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 da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de

modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos.

La cesión contractual ha sido admitida por la jurisprudencia, y así hay que citar S.T.S. de 6 de noviembre de 2.006, la cual afirma que la cesión de contrato es "el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido", de modo que el cesionario (aquí CAIXABANK, S.A.) adquiere los derechos que la cedente (BANKPIME, S.A.) tenía en la relación contractual, como si hubiese sido el contratante inicial. Las S.S. T.S. de 26 de noviembre de 1.982, 9 de diciembre de 1.997, 9 de diciembre de 1.999, 21 de diciembre de 2.000 y 19 de septiembre de 2.002, exigen para la efectividad de la cesión que concurran en el negocio jurídico en que ésta consiste las tres partes, esto es, cedente, cesionarias y el contratante que resultará afectado por la cesión contractual, en esta ocasión el Sr...., porque sin el consentimiento de éste carece para él de eficacia dicha cesión o, en palabras de la citada S.T.S. de 9 de diciembre de 1.997, "la necesidad de mediar consentimiento (del cedido) es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual". Por su parte, la también mencionada S.T.S. de 19 de septiembre de 2.002 subraya la necesidad de consentimiento del cedido e indica: "Respecto del consentimiento de la parte cedida, éste es fundamental, en tanto que es el acreedor de los derechos y obligaciones establecidos en el contrato, se ha de significar que: a) La parte cedida no está obligada a consentir la cesión, a menos que esta, esté prevista por Ley, ya que nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él."

El apelante consintió la cesión contractual, porque continuó trabajando con CAIXABANK, S.A. sin protesta alguna, pero en modo alguno puede extenderse su consentimiento al desentendimiento por parte de la cesionaria de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con BANKPIME, S.A., porque nunca tuvo noticia ni medio de conocer tal exclusión de la transmisión efectuada entre las entidades de las reclamaciones que por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran hacersele derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con BANKPIME, S.A.

Deviene inaplicable al presente caso el principio de relatividad de los contratos, establecido en el primer párrafo del art. 1.257 del Código Civil, aun cuando de ello no se

desprenda beneficio alguno para la entidad mercantil apelante. Porque, como se ha venido afirmando hasta el momento, un contrato de cesión tiene como consecuencia de la convergencia de voluntades, la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual del cedente, de las obligaciones pendientes que incumbían a éste (Cf. S.T.S. de 9 de julio de 2.003, que cita las del mismo Tribunal de 26 de noviembre de 1.982 y 9 de diciembre de 1.997, entre otras), por lo que los efectos jurídicos de la cesión se proyectan en tres direcciones, cedente, cesionario y cedido, cuyo consentimiento, como ya se ha dicho, es indispensable a diferencia de lo que sucede con la cesión de derechos. Por consiguiente, como reconoce la mencionada S.T.S. de 9 de julio de 2.003, la responsabilidad contractual (de CAIXABANK, S.A. en nuestro caso) deriva de una cesión contractual, que implica una subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, lo cual es ajeno al citado principio de relatividad contractual.

Así las cosas, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, o esté en concurso porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquélla, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competir a CAIXABANK, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.

La Sección 3ª de la AP de Palma de Mallorca en su sentencia nº 323/2014 de seis de noviembre dice:

“Idéntica conclusión que la nuestra es la adoptada en un supuesto análogo al enjuiciado, en el que fue también demandada CAIXABANK, S.A., y resuelto por la S.A.P. de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014. Ante la alegación de que aquella sociedad tan sólo adquirió determinados elementos del activo y pasivo que conformaba el negocio bancario de BANKPIME, S.A., sin concurrencia de un supuesto de transmisión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieran derivarse de la actuación de BANKPIME, S.A., indicando además que esta última entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión había tenido lugar a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de BANKPIME, S.A., rechaza la mencionada resolución

esa tesis y afirma:

"Se basa nuestra decisión en que como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquélla en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal (pese a las alegaciones de adverso así resulta del diseño de la operación a la vista del documento privado de adquisición y diversas relaciones negociales conexas surgidas del mismo, sin que nada cambie por la autorización de la operación conferida conforme al art. 45 c) de la Ley de Ordenación Bancaria en tanto en cuanto parte de su inexistencia y dicho precepto no distingue al respecto) aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de adquisición, con contemplación expresa de los negocios de custodia, intermediación de valores y gestión discrecional de carteras, y guarda plena concordancia con la comunicación remitida por Bankpime (doc. 2 de la demanda) haciendo constar el traspaso de la relación comercial en idénticas condiciones a Caixabank de no verificarse manifestación expresa en contrario, equivalente desde luego al consentimiento que de forma expresa o tácita debe concurrir del contratante cedido para la eficacia de la cesión.

Consecuencia de ello es que, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito de una intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra forma a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada y aquí apelante al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos".

No desconoce esta Sala la existencia de otras sentencias que se pronuncian en sentido opuesto, acogiendo la postura de CAIXABANK, S.A. Se trata de la S.A.P. de Gerona (Sección Primera), de 27 de mayo de 2.014 y de Valencia (Sección Novena), de 12 de marzo de 2.014, que fijan su atención en el hecho de que la transmisión del negocio bancario entre BANKPIME, S.A. y CAIXABANK, S.A. no implica que se hubiese llevado a cabo una sucesión universal ni una operación de fusión por absorción, que determine que CAIXABANK, S.A. es la sucesora de aquella sociedad, que conserva su propia personalidad jurídica, sino que se trata de una cesión negocial y patrimonial.

Y es que precisamente porque, en lo que nos interesa, nos encontramos ante una "Cesión de los negocios de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido", según el punto 2.1.3. del contrato de compraventa de negocio de 29 de septiembre de 2.011, en los que la cesionaria "asumirá en virtud de tal cesión la posición contractual del primero" (cedente), estamos en presencia de una verdadera cesión de contratos, entre ellos los suscritos con BANKPIME, S.A. por el actor, de manera que ante el mismo, CAIXABANK, S.A. debe responder de igual forma y con idéntico alcance que lo haría BANKPIME, S.A. al haber asumido expresamente la posición contractual de ésta, si bien la relación contractual de transmisión del negocio bancario realizado entre ambas entidades con las condiciones pactadas entre las dos sociedades consigue que, al menos en principio, la cedente no quede liberada de responsabilidad frente a la cesionaria ante una hipotética acción de repetición que la misma pueda dirigirle."

Por cuanto antecede el motivo se estima, pues Caixabank está legitimada pasivamente.

SEXTO.- Examen de la acción de resolución contractual ejercitada con carácter principal por falta incumplimiento de los deberes de información y falta de recompra de los bonos en sede del art 1124 C.C.

La parte actora en el año 2001 adquirió 12 bonos por importe de 12.000 €, que fueron renovados el 16 de julio de 2006.

A. Ejercitándose la acción de resolución contractual del art 1124 del CC el plazo

de prescripción es el ordinario de 15 años de las acciones personales (art 1964 CC), actualmente de cinco, tras la modificación del art 1964 por la disposición final 1ª de la Ley 42/2015, que entro en vigor al día siguiente a su publicación en el BOE de 6 de octubre de 2015).

Los bonos se adquirieron en el 16 de julio de 2006. Interpuesta la demanda el 10 de junio de 2015, la acción está viva.

B. Del documento nº 5 de la demanda, compra de los bonos, en sus condiciones generales primera es establece la obligación de recompra por el banco: "... el banco con capacidad para actuar en el mercado en el que se negocian los activos financieros objeto del presente contrato, venderá al titular dichos activos financieros por el precio efectivo de compra el banco estará obligado a recomprar y el titular a revender la totalidad de dichos activos financieros por el precio indicado en el efectivo de recompra ..."

C. En la contestación a la demanda se alega la inexistencia del pacto de recompra: "De la lectura de las condiciones que se aportan en la demanda se infiere en primer lugar, que existen unas condiciones particulares del anverso y las condiciones generales que constan en ese documento.

El sólo hecho de que las condiciones particulares no se hayan aportado por la actora impide que el Juzgado se pronuncie sobre las obligaciones asumidas y la falta de cumplimiento, pues ni el Juzgado ni Caixabank las conocen, al no ser parte del contrato.

Por lo que se refiere a las condiciones generales que figuran en autos, resulta que no estando completadas por otras particulares en las que se determinen los elementos esenciales de la supuesta recompra, es un pacto nulo por no concurrir dichos elementos y así en la cláusula 1 se afirma que en la fecha valor, el Banco venderá al titular sus activos financieros al precio indicado en el efectivo de compra .En la orden de compra sólo figura la expresión "fecha valor", pero es una mención absolutamente genérica, habitual de todas las operaciones bancarias que se realizan. Por el contrario no existe la mención al "efectiva recompra".

Seguidamente se indica ”y en la fecha de recompra, el Banco está obligado a recomprar la totalidad de dichos activos financieros por el precio indicado el efectivo de recompra”. No consta en ningún documento ni la fecha de recompra ni el precio de recompra, por lo que las obligaciones que la demandante pretende que se cumplan son absolutamente indeterminadas.”

La parte demandante funda la resolución de contrato pretendida en la demanda en el incumplimiento por parte Bankpyme de diversas obligaciones, tanto las relativas a la observancia de las que conforme a la LMV y el código de conducta aludido en el Decreto de 1993 ya citado, que han sido vulneradas a su juicio, como en la obligación de recompra de los bonos, tal como aparece en la condición general 1 de la orden de compra (reverso del documento nº 5 aportado con la demanda).

La parte actora presenta el documento nº 5 de la demanda que se refiere a 12 bonos comprados en 2001 por importe de 12.000 €, sin que se aporte el de 2006.No obstante la demandada en su contestación a la demanda y al recurso viene a reconocer que se compraron doce bonos por el mismo importe en el año 2006.

La resolución contractual requiere la existencia de un contrato válido.

Es un hecho objetivo la falta de recompra de los bonos por la demandada, que se deriva del documento nº 5 de la demanda, y por tanto incumplió su obligación de recompra.

La expectativa de que, en todo caso, el importe de la inversión se obtendría por la recompra obligatoria del bono ya sea por parte del emisor o por parte del banco comercializador/asesor, constituye un hecho claro e inequívoco de incumplimiento esencial de las obligaciones de Bankpyme, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1124 del CC, conduce a estimar en su integridad la primera de las acciones ejercitadas, la resolución.

SEPTIMO.- Los efectos de la resolución.

La sentencia nº 812/2005 del TS de 27 de octubre respecto de los efectos de la

resolución contractual refiere:

"... dice la sentencia de 17 de junio de 1986, citada en la de 5 de febrero de 2002 que "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc", lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123": Por su parte, dice la sentencia de 11 de febrero de 2003 que "parando mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (sentencia de 12 de noviembre de 1996)", doctrina que recaída en torno a la aplicación del art. 1303 del Código Civil en relación con la nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, es aplicable a la resolución de los contratos."

El artículo 1303 del Código Civil, establece que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses»; siendo doctrina jurisprudencial reiterada (TS. 4 de octubre de 2013 (Roj: STS 5474/2013, recurso 680/2011) EDJ 2013/225909, 23 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8900/2011, recurso 2061/2009) EDJ 2011/312051, 12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007) EDJ 2010/246590, 22 de mayo de 2006 (RJ, 24 de marzo de 2006 (RJ, 13 de diciembre de 2005 (RJ, 22 de noviembre de 2005 (RJ.198), 6 de julio de 2005 (RJ, 11 de febrero de 2003 (RJ, y las que en ellas se citan abundantemente, y sentencia nº 81/2014 de la Sección 3ª de la AP de Coruña)), que:

(a) Dicho precepto es aplicable no sólo a los supuestos de anulabilidad o nulidad

relativa, sino también cuando se trata de nulidad radical o absoluta.

(b) La obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo. Hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido. Por lo que se ha aplicado en los supuestos en que habiéndose solicitado la resolución de un contrato, se aprecia de oficio la nulidad radical, sin que suponga incurrir en incongruencia.

(c) Obligación que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio «iura novit curia» por «no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido».

(d) El régimen jurídico que establece la norma comentada, tiene como finalidad tratar de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante.

(e) Aunque dicha norma parece inicialmente concebida para la compraventa, debe aplicarse generalizadamente en cuanto sea posible a todo tipo de contratos, pues lo que se pretende es invalidar todo efecto jurídico que haya podido provocar el contrato nulo.

Decretada la resolución de la orden aquella de suscripción de los bonos las partes deben de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

En consecuencia la parte demandada debe de restituir a la actora la cantidad de 12.000 € destinada a adquirir los bonos, más los intereses legales desde su adquisición hasta el momento en que se efectúe la restitución del capital invertido, y simultáneamente los actores restituirán a CAIXABANK el importe de los rendimientos percibidos por los bonos con sus intereses hasta el momento de la devolución.

OCTAVO.- Las costas de la primera instancia se imponen a la demandada, sin que proceda condena respecto de las causadas en esta (art 394 y 398 LEC).

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLO

1º.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos, contra CAIXABANK S.A revocamos la sentencia nº 316/2016 de 17 de octubre dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 92 de Madrid en el juicio ordinario 767/2015.

2º.- Que estimando la demanda interpuesta por la representación de D. Carlos y contra CAIXABANK SA.:

A.- Declaramos que CAIXABANK ha incumplido la obligación de recompra de los bonos Aisa, incumpliendo sus obligaciones contractuales.

B.- Declaramos la resolución del contrato de adquisición de valores de 16 de julio de 2006 de 12 bonos de Aisa Fergo por 12.000 €.

C.- En consecuencia Caixabank restituirá a la parte actora la cantidad de doce mil euros (12.000 €) de principal en concepto de daños y perjuicios más el interés legal de dicha cantidad desde la inversión hasta la devolución del capital.

D.- Los actores devolverán a la demandada el importe de los rendimientos percibidos por los bonos con sus intereses legales desde su percepción hasta su devolución.

E.- Las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada, sin que proceda condena respecto de las causadas en esta.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la

implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe. En Madrid, a 4 de julio de 2017.