

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0014510

Recurso de Apelación 773/2017 -5

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 88/2015

APELANTE: “CAIXABANK, S.A.”

PROCURADOR: D. FRANCISCO JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

APELADO: D. PABLO

PROCURADOR: D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

SENTENCIA N°

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS

D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En la Villa de Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Juicio Ordinario nº 88/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia N° 61 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 773/2017, en los que aparecen como partes: de una, como demandantes y hoy apelados **D. Pablo** , representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández; y, de otra, como demandado y hoy apelante “**CAIXABANK, S.A.**”, representado por el Procurador D. Francisco Javier Segura Zariquiey; sobre incumplimiento de la obligación contractual del pacto de recompra de acciones y, subsidiariamente, de la nulidad de la compra de bonos.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida; y

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 61 de los de Madrid, en fecha veintiocho de marzo de dos mil diecisiete, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** *Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. De la Cuesta Hernández, en nombre y representación de Pablo, declarando resuelta, por incumplimiento de la demandada, la adquisición de bonos Aisa de fecha 7 de agosto de 2006 y condenando a Caixabank a indemnizar a la parte actora los daños y perjuicios causados, concretados en el importe invertido de 60.000 euros, con los intereses desde la fecha de la suscripción, minorado con los dividendos percibidos por la actora durante la vigencia del contrato, declarando asimismo que pasen a la demandada los títulos que ostenta la demandante, sin cargo alguno para esta última derivado de dicha operación y todo ello con expresa condena en costas a Caixabank S.A.*”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a el, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día catorce de febrero del año en curso.

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

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan y tienen por reproducidos los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, que hacemos nuestros a los efectos de evitar innecesarias reiteraciones, en tanto no se contradigan por los de la presente resolución.

PRIMERO.- Se recurre en apelación por la representación de la entidad demandada CAIXABANK, S.A. la sentencia dictada en primera instancia que, en los concretos términos ya expresados en los antecedentes de hecho de la presente resolución, estimaba la demanda deducida frente a la misma por la representación de Don Pablo en ejercicio de acción de resolución contractual por incumplimiento del pacto de recompra en relación con la adquisición con fecha de 7 de agosto de 2006, por la fallecida tía de los demandantes Doña María Luisa Merino Sifre de unos bonos AISA, de la comercializadora Bankpyme por importe de 60.000 euros.

En la sentencia que ahora es objeto de recurso, tras poner de relieve que mediante contrato privado de compraventa de negocio de fecha 29 de septiembre de 2011 que fue elevado a público mediante escritura de 1 de diciembre de 2011, Bankpyme había transmitido a Caixabank los activos y pasivos que conforman su negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos “sin sucesión universal”, se rechazaba la falta de legitimación pasiva pretendida por la demandada por la supuesta exclusión en tal transmisión de los pasivos contingentes y por actuar como mera intermediaria sin ser parte en el negocio jurídico concertado entre la demandante y la entidad Fergo Aisa, se consideraba carente de prueba el hecho de haber cumplido con las obligaciones legales de información con carácter previo al contrato y se consideraba claro el incumplimiento de la demandada como sucesora de Bankpyme de las obligaciones de información así como de la obligación de recompra contenida en el documento 5

aportado con la demanda, que establece la obligación del banco y no de la emisora, sin que se pueda acoger la excepción de caducidad opuesta ya que la acción principal que se ejercita no es la de nulidad sino la de resolución contractual por incumplimiento.

Frente al referido pronunciamiento por la representación de la entidad demandada, en consonancia con los motivos de oposición aducidos en primera instancia, se vienen a invocar como motivos de su recurso:

1º.- Infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta por errónea inclusión del contrato de compraventa de los bonos impugnados en los activos y pasivos adquiridos por CAIXABANK a BANKPYME y admisión de acción de resolución por incumplimiento frente a quien no ha sido parte en el contrato.

2º.- Infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de la cesión de contrato.

3º.- Sobre la falta de legitimación pasiva de CAIXABANK.

4º.- Ausencia de pronunciamiento sobre la excepción de la caducidad de la acción.

Por la parte apelada se formuló oposición al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito.

SEGUNDO.- Resulta evidente en el presente caso que la totalidad de las cuestiones suscitadas como motivos de apelación no pueden obtener favorable acogida, al compartirse plenamente por este tribunal los razonamientos que se vierten en la resolución que es objeto de recurso para rechazar los motivos de oposición

aducidos entonces por la demandada y que se vienen a reiterar con el recurso, cuando resulta que tales cuestiones, acabando con ciertas divergencias existentes entre diversas sentencias de los tribunales, han sido definitivamente resueltas por la reciente STS del Pleno de la Sala 1ª de 29 de noviembre de 2017 contemplando un supuesto prácticamente idéntico, con la salvedad de tratarse de una inversión en otros bonos pero que, “mutatis, mutandi”, resulta de plena aplicación al supuesto ahora sometido a enjuiciamiento y llegando incluso a resolver la pretensión de introducir un hecho nuevo condicionante de la resolución, tal y como en el presente caso también se plantea, con la siguiente respuesta: “8.- *Pocos días antes del señalado para la primera deliberación, votación y fallo del recurso, Caixabank presentó un escrito en el que comunicaba, como hecho nuevo, que el Juzgado Mercantil ante el que se tramita el concurso de acreedores de Ipme 2012 S.A. había autorizado a la administración concursal para que negociara con los acreedores titulares de créditos litigiosos a fin de alcanzar posibles acuerdos transaccionales. De dicho escrito se dio vista a la parte recurrida, que presentó un escrito con sus alegaciones.*

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

1.- Como cuestión previa, no es razonable que un supuesto «hecho nuevo» que derivaría de una resolución judicial dictada el 16 de mayo de 2017, sea comunicado a este tribunal varios meses después de su acaecimiento y pocos días antes del señalado en un primer momento para la deliberación, votación y fallo del recurso.

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

tribunal.

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

2.- Por otra parte, siendo la revisión que se realiza en el recurso de casación de carácter jurídico sustantivo, y no fáctico, por regla general no puede aceptarse que estando pendiente el recurso de casación puedan alegarse hechos nuevos o de nueva noticia que puedan modificar la solución que debe darse al recurso.

3.- En todo caso, que en el concurso de una tercera entidad, Ipme 2012 S.A., se autorice a la administración concursal para que negocie acuerdos con acreedores titulares de créditos litigiosos (cuya identidad, por otra parte, ni siquiera se concreta) es un hecho absolutamente irrelevante para decidir si Caixabank está legitimada pasivamente en el presente litigio.

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

TERCERO.- Y siguiendo con la sentencia de referencia, en cuanto al resto de los motivos de recurso, planteados de forma mimética a los aquí aducidos, expone el Alto Tribunal:

“1.- El primer motivo tiene este encabezamiento:

«Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Errónea inclusión del contrato de compraventa de valores en los activos y pasivos adquiridos por Caixabank de Bankpime, y admisión de acción de nulidad frente a

quien no ha sido parte en el contrato».

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

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

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

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

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

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

1.- Caixabank impugna la decisión de la Audiencia Provincial de reconocerle la legitimación pasiva en la acción de nulidad del contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos de General Motors. Alega que la Audiencia vulnera los art. 1255 y 1257 del Código Civil porque no toma en consideración

que el contrato de transmisión del negocio bancario celebrado con Bankpime contenía una cláusula que excluía de la cesión de contratos «los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura».

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

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

Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes «cedidos» ni contar con su aquiescencia.

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

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

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

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

De aceptarse la tesis de Caixabank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas

con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank, retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

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

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

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

Este tribunal, en esas sentencias, concluyó que ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las

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

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

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

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

8.- Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una «reclamación contractual» (en un sentido amplio, que incluya las acciones de nulidad del contrato) depende de la voluntad de Caixabank de atender a las

solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de Caixabank, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente, y este efectúe una reclamación.

Se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que este entablara para obtener la anulación del contrato o la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del mismo.

9.- A la vista de lo anterior, este extremo del contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a este indemne por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime cuando tales reclamaciones se basaran en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario, de modo que Caixabank pueda reclamarle la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones.

Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, es la única que respeta las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil, invocados como fundamento del motivo del recurso de casación...

Decisión del tribunal (II). La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión

1.- Despejada la cuestión relativa a la eficacia a la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank, deben resolverse los demás argumentos impugnatorios planteados en este motivo.

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

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

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

3.- Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras. Lo hemos hecho más recientemente y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.

4.- Hemos afirmado en esta última sentencia que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal

empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

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

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

6.- Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida

cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

7.- Además, si aceptáramos la tesis de la entidad bancaria recurrente, estaríamos privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente...

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

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

Este argumento tampoco puede estimarse, por las razones que a

continuación se exponen.

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

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO.- Finalmente, por lo que se refiere al último motivo de recurso, esto es, a la ausencia de pronunciamiento sobre la excepción de la caducidad de la acción, al margen de que se evidencia por lo ya transcrito en el fundamento jurídico primera de la presente resolución que no concurre esa ausencia de pronunciamiento, y que en todo caso, de referirse esa caducidad a una acción de nulidad del contrato, tampoco podría encontrar respuesta positiva en base a la jurisprudencia y el concreto “dies a quo” para el inicio del cómputo, lo que no puede obviarse en modo alguno es que en relación con la acción planteada con carácter principal con la demanda, y finalmente acogida en la sentencia, de resolución contractual por incumplimiento del pacto de recompra, la pretendida caducidad resulta procesalmente improcedente y, en todo caso, habría de haberse invocado la prescripción de la acción que, por otra parte, atendiendo a lo preceptuado en el artículo 1964 del Código Civil para la aplicación a las acciones personales sin plazo especial -15 años aún tras la reforma operada en 2015 y por la remisión al 1939- evidentemente no tendría ninguna posibilidad de prosperar si se atiende a que la demanda se presenta el 23 de enero de 2015 y el vencimiento de los bonos estaba fijado en el año 2011.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impondrán a la

apelante las costas causadas en esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

F A L L A M O S:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Javier Segura Zariquiey, en nombre y representación de CAIXABANK, S.A., contra la sentencia dictada en fecha de 30 de mayo de 2017 por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 61 de los de Madrid, en los Autos de Procedimiento de Juicio Ordinario nº 88/2015 y **CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE** la expresada resolución con imposición a la apelante de las costas causadas en esta segunda instancia y con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico; en MADRID, a veintidós de febrero de dos mil dieciocho.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ