

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0058535

Recurso de Apelación 1036/2016



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 88 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 318/2015

APELANTE::

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

APELADO:: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA N° 593/2016

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ-LAYOS

D./Dña. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA-MORENO

En Madrid, a siete de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 318/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 88 de Madrid a instancia de D. apelantes - demandantes, representados por el/la Procurador D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ y defendidos por Letrado, contra CAIXABANK SA apelada - demandante, representada por el/la Procurador D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 01/07/2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **D. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA-MORENO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 88 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 01/07/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente: “Que DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda presentada por el procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ en nombre y representación de D. .y debo absolver y absuelvo al demandado CAIXABANK representado por el procurador D. MIGUEL ANGEL MONTERO REITER de todos los pedimentos de la demanda, imponiendo a la actora las costas causadas” .

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, 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.- Por providencia de esta Sección, de fecha 10 de noviembre de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 29 de noviembre de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por los demandantes, se interpuso demanda contra CAIXABANK, con los pedimentos que obran en la misma, en relación con la recuperación de la inversión realizada en los Bonos Aisa Fergo comercializados por Bankpime, por importe de 115.000 euros.

La demandada CAIXABANK contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, alegando como excepción procesal la falta de legitimación pasiva de la demandada, pues no ha habido una sucesión universal de Caixabank en la posición de Bankpime. En cuanto al fondo se alegaba la mera intermediación de Bankpime en la contratación de los bonos, la caducidad de la acción de nulidad, la inexistencia de causa de anulabilidad, y la falta de comunicación del crédito de la parte actora en los concursos de Fergo Aisa y/o de Bakpime.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, al estimar la falta de legitimación pasiva de la demanda, señalando, obiter dicta, que concurre la excepción de caducidad de la acción de nulidad.

Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por los demandantes, alegando los siguientes motivos:

1º.- La legitimación pasiva del Caixa. Error de derecho en la apreciación de la prueba que da lugar a la infracción del art. 10 de la LEC.

2º.- Concurrencia de los requisitos legales para exigir la nulidad, anulabilidad o las

acciones de responsabilidad por incumplimiento ejercitadas. Inexistencia de caducidad de la acción ejercitada.

Caixabank se opone al recurso, alegando los mismos motivos expuestos en la contestación a la demanda.

SEGUNDO.- El recurso debe estimarse.

EL 13 de septiembre de 2006 los demandantes, suscribieron con Bankpime la compra de 115 bonos de "Aisa Fergo", por importe de 115.000 euros.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, Caixabank está legitimada pasivamente para soportar las acciones derivadas del producto Aisa Bonos, comercializado por Bankpime, por las siguientes razones que se expresaban en la referida sentencia:

"En fecha 29 de septiembre de 2011, Bankpime y Caixabank celebraron contrato, en virtud del cual la primera se comprometió a vender y ceder y la segunda a comprar y asumir "los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de Bankpime"; el referido contrato se eleva a escritura pública.

El Ministerio de Hacienda pública, en el BOE de 9 de febrero de 2012, la cancelación de la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al banco de la pequeña y mediana empresa, indicando lo siguiente: "Visto el escrito remitido por la entidad Caixabank, en el que comunica la fusión por absorción del Banco de la Pequeña Bankpime por Caixabank".

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 ofician habitual dentro de la red de oficinas de La Caixa".

Los bonos adquiridos perdieron su valor y liquidez, por ello se formula la demanda iniciadora del presente procedimiento, interesando la nulidad del contrato de adquisición de los bonos objeto de litigio y la condena de "Caixabank, S.A." al pago de la cantidad invertida, más gastos de custodia e intereses legales que correspondan; solicitando, de forma subsidiaria, que se declare el incumplimiento por " [Bankpime](#) ", S.A." de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del producto adquirido; condenando a "Caixabank" al abono de 60.000 euros; más los gastos de custodia y los intereses legales correspondientes.

La sentencia dictada por el Juzgador "a quo" estimó la demanda, habiéndose interpuesto contra la misma recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.

SEGUNDO.- *La parte apelante plantea como primer motivo de apelación la inexistencia de sucesión universal por parte de "Caixabank" en el lugar de " Bankpime "*

El contrato privado celebrado entre las dos entidades bancarias, en fecha 29 de septiembre de 2011 (obstante al folio 106 de los autos), en relación a la cesión del negocio de depositaria, custodia e intermediación de valores, indica que "El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero". Dicho contrato se eleva a escritura pública el 1 de diciembre de 2011, en la cual se concreta "Que a efectos de ejecutar la transmisión del negocio transmitido de Bankpime a Caixabank y dado que la adquisición del mismo se realiza sin sucesión universal, las partes han acordado formalizar la cesión o transmisión de los diferentes elementos patrimoniales que conforman el mismo en contratos separados, agrupándolos según su naturaleza jurídica".

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, Capital Madrid. 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 "

Como hemos dicho anteriormente, las entidades afectadas no desmienten dichas informaciones sino que corroboran las mismas, concretamente " 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 que "la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa [Bankpime](#) por Caixabank".

En consecuencia, Caixabank está legitimada pasivamente en este procedimiento.

En los mismos términos se pronunció la reciente sentencia de la sección 20 de esta Audiencia Provincial, de 25 de abril de 2016, cuyos argumentos compartimos plenamente:

“La excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada debe ser desestimada en base a los propios argumentos contenidos en la resolución impugnada, que ofrecen una puntual respuesta a las cuestiones controvertidas suscitadas, y que no han logrado ser suficientemente rebatidos.

La recurrente se limita a reiterar las alegaciones que ya expuso en su escrito de contestación a la demanda; y esta Sala ignora, porque no se indica, en qué consistió el error del Juzgador de instancia al resolver como lo hizo. Difícilmente puede se rebatir lo que no se denuncia. En aras de brevedad, se da por reproducido lo expuesto en la Sentencia de instancia, así como en la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 6 de noviembre de 2.014, cuyo tenor literal al respecto es el siguiente:

"TERCERO.- Sobre la legitimación pasiva.

La compraventa del negocio bancario de BANKPIME a 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), 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. Debe señalarse que la entidad BANKPIME causó baja en fecha 23 de noviembre de 2012 en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España, tal como informó dicha institución al contestar al oficio remitido por el Juzgado de Primera

Instancia, obrando dicho documento al folio 478 de los autos y que la entidad IPME 2012 SA ha sido declarada en concurso necesario de acreedores, si bien tal circunstancia carece de trascendencia a los efectos del presente recurso, pues el rechazo de la falta de legitimación pasiva de la demandada BANKCAIXA se sustenta en los razonamientos que a continuación se pasan a exponer:

En primer lugar, dicha cuestión fue objeto de la reunión de los Magistrados del orden jurisdiccional civil de esta Audiencia Provincial, de fecha 7 de octubre de 2014, en la que se acordó por unanimidad de los asistentes que, "no existe ausencia de legitimación pasiva de la entidad financiera que ha adquirido de otra entidad bancaria el negocio bancario de esta última, conformado por los activos y parte de los pasivos, sin que dicha adquisición comporte sucesión universal ni fusión por absorción de las dos sociedades, cuando quedan fuera de dicha transmisión y en virtud del mismo contrato, las reclamaciones presentes o futuras que los clientes de la entidad transmisora puedan realizar, porque nos hallamos ante una cesión de contratos en la que la entidad adquirente ocupa la oposición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de esta última, sin perjuicio de las acciones de repetición que quepa ejercitar por la entidad adquirente frente a la mercantil vendedora.

En segundo lugar, la sección 4ª de esta Audiencia Provincial en la sentencia de constante referencia de 6 de octubre, sobre esta misma cuestión declara lo siguiente, "La ausencia de legitimación pasiva defendida por la entidad recurrida ha sido justificada por ésta y así ha sido acogido por la juzgadora, porque CAIXABANK, S.A. no absorbió a BANKPYME, S.A., sino que, solamente, ambas entidades concertaron la adquisición por la primera de determinados activos y pasivos del negocio bancario de la segunda, pero sin que se produjera sucesión universal como unidad económica, de acuerdo con el contrato de compraventa de negocio de 29 de septiembre de 2.011, elevado a público a través de escritura notarial de 1 de diciembre del mismo año. Por ello se refiere expresamente al Expositivo V del contrato, en el que se recoge que CAIXABANK,S.A. está interesada, únicamente, en adquirir los elementos patrimoniales que constituyen el negocio bancario de BANKPYME, S.A., incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, sin sucesión universal. Y alude a continuación a la cláusula cuarta del mismo contrato, relativa a los activos y pasivos no cedidos, ya que quedaron fuera de la transmisión los pasivos contingentes consistentes en reclamaciones contractuales y extracontractuales, de manera que:

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

Adujo igualmente la demandada en su contestación que la Orden de 29 de noviembre de 2.011 de la Ministra de Economía y Hacienda autorizó la mencionada transmisión del negocio bancario, no obstante lo cual BANKPYME, S.A. continúa existiendo en el tráfico jurídico, actualmente denominada IPME, 2.012, S.A., por lo que es la responsable, en su caso, por la mediación en la adquisición de valores.

La Sala no comparte el criterio de la juzgadora, porque CAIXABANK, S.A. tiene efectivamente legitimación pasiva de fondo en este litigio, conforme señala el primer párrafo del art. 10 de la Lec , desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con BANKPYME, S.A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los demandantes, respecto de los contratos celebrados por éstos con la citada BANKPYME, 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 BANKPYME, 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.

Porque, en efecto, es destacable que 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 depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido". Pues bien, es importante resaltar que en esta concreta transmisión de activos, CAIXABANK, S.A. asume y así se lee en el contrato, la posición contractual de BANKPYME, S.A.

Por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de BANKPYME, 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 BANKPYME, S.A.

Ahora bien, la figura de 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.

Como ya se ha expuesto y expresamente se establece en el contrato de 29 de septiembre de 2.011, celebrado entre BANKPYME, 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

BANKPYME, 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.

Pues bien, 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 BANKPYME, 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.

Se ha adelantado ya que la cesión contractual ha sido admitida por la jurisprudencia y buen ejemplo de ello es la 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 (BANKPYME, S.A.) tenía en la relación contractual, como si hubiese sido el contratante inicial. Las 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 cocontratantes 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".

En nuestro caso, consta que 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 BANKPYME, 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 hacérsele derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con BANKPYME, S.A.

Para terminar con este punto debe advertirse que no es de aplicación 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, 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.

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 solo adquirió determinados elementos del activo y pasivo que conformaba el negocio bancario de BANKPYME, 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 BANKPYME, 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 BANKPYME, 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 BANKPYME, 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 BANKPYME, 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 BANKPYME, 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 dirigirla."

La Sala comparte los anteriores razonamientos que justifican el acogimiento del motivo del recurso, y, en consecuencia, se declara que la entidad demandada CAIXABANK se halla plenamente legitimada para soportar la acción deducida en la demanda".

En el mismo sentido se expresa en el juicio el perito David Pérez Bustamante, doctor

en economía y derecho, profesor de derecho financiero y de auditorías de cuentas, y que trabajó en banca de inversión, que declara como la Resolución de 30 de enero de 2012 establecía que la entidad Caixabank comunica a la administración tributaria la fusión por absorción (folio 53 de las actuaciones). Y como del contrato celebrado entre ambas entidades parece que se ceden los activos pero no los pasivos, lo que supone una irregularidad si ha habido una fusión por absorción, como dice el BOE.

En cualquier caso se trata de un abuso frente a los consumidores que una entidad bancaria que se queda con todos los activos de otra entidad bancaria, se exonere de cualquier responsabilidad frente a los clientes de la vendedora por los productos por esta contratados.

TERCERO: Sobre la excepción de caducidad de las acciones. En su caso, sólo podrían haber caducado las promovidas para que se declarara la nulidad de los contratos de adquisición de los productos financieros objeto del procedimiento por vicio del consentimiento; nunca la de nulidad absoluta por haberse infringido en su comercialización las normas legales imperativas establecidas en la legislación bancaria; ni aquella otra dirigida a que se declarase la resolución de los mismos por el incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento por parte de la entidad demandada, que tendría un plazo de prescripción de 15 años (*art. 1.964 del CC*).

Para resolver la cuestión debe partirse de la doctrina establecida en la recientes SSTs de 12 de enero de 2.015 y 25 de febrero de 2.016, que aclaran definitivamente cuál debe ser considerado el dies a quo para contar el plazo de la caducidad de la acción dirigida a obtener la anulación de un contrato financiero o de inversión complejo por error o dolo en el consentimiento. Al respecto, la primera de las citadas Sentencias establece lo siguiente:

"3.- Además de lo expuesto, no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del

desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

La demanda de instancia considera caducada la acción de nulidad, señalando que el dies a quo para el cómputo del plazo es el 3 y 5 de noviembre de 2009, fechas de las cartas remitidas por las que se efectúa la posibilidad de convertir los bonos en acciones, modificando las condiciones del bono, por lo que a fecha 30 de marzo de 2015 en que se presenta la demanda la acción estaba caducado.

Teniendo en cuenta que la demanda origen del procedimiento fue presentada en esa fecha, es claro que mucho antes de marzo de 2011 los actores ya tuvieron conocimiento de hechos suficientemente relevantes como para poder haber sido conscientes y conocedores de las circunstancias que provocaron el error o el dolo en la formación o prestación de su consentimiento al suscribir las órdenes de compra de los productos financieros objeto del procedimiento, pues en la propia demanda refieren que a partir del año 2008 únicamente fueron abonados en cuenta una quinta parte de los intereses pactados. En idéntico sentido refiere la demanda que por carta de 23 de julio de 2008 (documento 22 de la demanda) se informaba que debido a la paralización del sector inmobiliario ("primera noticia que tienen nuestros mandantes de que los bonos tienen el nombre de una empresa inmobiliaria"), el cupón no iba a ser pagado a los inversores a su vencimiento el 14 de agosto, sino que habría un aplazamiento de pago. A continuación refiere la demanda: "El 14 de agosto de 2008 y como consecuencia del incumplimiento del pago del cupón de intereses vencidos e impagados(...)". Puede que en los contratos de tracto sucesivo, en principio, el plazo de caducidad no deba comenzar a correr sino desde la consumación del contrato, que no desde su perfección, y lo que no ocurrirá hasta que se hubiesen realizado todas las prestaciones derivadas del mismo. Lo que ocurre es que ello sucederá salvo que con anterioridad a ello quien adujese el posible vicio de nulidad hubiese sido consciente de su existencia. Es obvio que en ese supuesto el plazo de caducidad de cuatro años comenzará a correr desde ese concreto momento.

CUARTO: La acción resolutoria de los contratos de compra de los productos financieros objeto del procedimiento debe ser estimada.

En el presente caso lo que se ha de probar es si la información contractual que se ofreció a los demandantes sobre el producto contratado se correspondía con la realidad, o si como alega la actora, no se les informó en absoluto de los riesgos. En cuanto a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, (sentencia AP, Valencia sección 6 del 12 de julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012) respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26- 04-2006). La SAP de Valencia sección 9 del 16 de mayo del 2013 (ROJ: SAP V 2821/2013) reitera la doctrina jurisprudencial y así dice que: “la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como hemos declarado, entre otras en Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso”.

Debía ser la demandada la que aportara la prueba de que en el caso concreto se informó a los demandantes de manera adecuada y comprensible de las características del producto financiero contratado. La demandada, ni pide el interrogatorio de los demandantes, privando al juzgador y a la sala de conocer la forma en que se les ofreció el producto, por lo que habrá que dar por bueno lo que relatan en la demanda “se les aseguró que no tenía ningún riesgo pues había un pacto de recompra de las inversión por parte del banco y sobre todo que tenían liquidez total en el mercado secundario”; ni la demandada ha traído al juicio a la persona que comercializó el producto, por lo que esa falta de prueba debe ser en su perjuicio, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la facilidad probatoria y la jurisprudencia referida que ha determinado que en caso de productos bancarios debe ser el banco el que demuestre que la comercialización del producto se llevó a cabo de manera adecuada.

Que la demandada no ha llegado a probar que hubiere proporcionado a los actores información clara, veraz y detallada sobre las características y riesgos de los mismos, es algo más que evidente. Nada acreditó en ese sentido, a pesar de ser de su cargo la prueba de tales extremos. Tampoco se ha probado que con carácter previo a recomendarles dichos productos recabara de éstos información precisa sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de la inversión, para constatar que efectivamente iban dirigidos realmente a cubrir sus necesidades. Y es que si no consta que los demandantes fueran inversores de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubieran empeñado en la adquisición de los citados productos financieros, el Banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición; y al hacerlo, propició que los demandantes asumieran el riesgo que conllevó la pérdida aunque fuere parcial de la inversión.

Como decimos Caixabank no ha aportado prueba alguna al respecto. La testigo, Mercedes Ruiz, empleada de Caixabank en la actualidad y que antes fue empleada de Bankpime, y conocía a los demandantes como clientes del banco, declara que el demandante era taxista; que el banco hacía intermediación de productos para ofrecer a clientes. Era un

bono a plazo de cinco años que se pagaba un cupón anual, no tiene constancia de que lo comercializara otros bancos, no sabía que los directores de Bankpime de Aisa Fergo eran la misma persona. No les informaron de pacto de recompra. Con exhibición del documento número cinco, dice que ese documento servía para todo, para acciones, era un documento para valores. Ella informaba que había riesgo, pero no que no había sido valorado por agencias de riesgo. Dice que no trató directamente con los demandantes, por lo que no es la persona que vendió a los demandantes los bonos.

Por todo ello, es obvio que el banco incumplió las obligaciones que al respecto le imponían tanto el *art. 78 de la LMV, en la redacción vigente en el momento de suscribirse los contratos tachados de nulos, como las establecidas en el anexo del RD 629/1993 sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios*, debiendo declararse la resolución de las citadas órdenes o contratos.

Como el TS ha declarado en reiteradas ocasiones - así en la *SSTS de 18 de abril de 2.013 y de 30 de diciembre de 2.014* , - este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales, constituye título jurídico de imputación de responsabilidad por los daños sufridos por éstos como consecuencia de las pérdidas en las que hayan podido incurrir con su inversión.

QUINTO: La resolución del contrato lleva consigo la obligación de la demandada de devolver a los actores la inversión inicial realizada de 115.000 euros, con los intereses legales desde la suscripción, descontando el importe bruto de los intereses o bonos percibidos por los demandantes, también con sus intereses legales desde que se cobraron. Obviamente, todo ello con la correspondiente devolución de los productos adquiridos, lo que en realidad supone la recompra que solicita la actora como acción principal, pero no por virtud del contrato, sino de la resolución del mismo por los graves incumplimientos de Bankpime, que debe asumir Caixabank por las razones expuestas.

En definitiva, y por lo expuesto, el recurso de apelación debe ser estimado.

SEXTO: De conformidad con lo establecido en los *arts. 394 y 398 de la LEC*, no procede expresa condena en el pago de las costas causadas en ninguna de las instancias, por cuanto existen sentencias que siguen la línea de la sentencia de instancia.

SÉPTIMO: De conformidad con lo establecido en la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial* aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, procede acordar la devolución del depósito constituido por el recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por, contra la *sentencia dictada en fecha 1 de julio de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 88 de Madrid* , en autos de procedimiento ordinario nº 318/2015, revocando la misma, y DECLARAMOS la

resolución del contrato de adquisición de bonos Aisa Fergo suscrito por los demandantes con fecha 13 de septiembre de 2006, y en consecuencia CONDENAMOS a CAIXABANK a reintegrar a los demandantes la cantidad de 115.000 euros, más el interés legal desde la suscripción de los bonos, debiendo los demandantes devolver los bonos y los rendimientos obtenidos con estos, más los intereses legales de esta cantidad desde su percepción, sin condena en costas en primera instancia ni en esta apelación, y con devolución del depósito constituido.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, 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 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-1036-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 1036/2016, 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