

## SUCESIÓN BANCARIA SIN FUSIÓN POR ABSORCIÓN: EFECTOS PARA LOS CLIENTES

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

---

### EXTRACTO

El presente supuesto trata de exponer uno de los casos más flagrantes de inseguridad jurídica que se produce en nuestros días en relación con el derecho bancario, y que tiene como principales víctimas a los particulares inversores minoristas que adquirieron bonos de una determinada naturaleza por medio de la asesoría de una entidad bancaria, siendo así que esta vende su negocio bancario a otro banco mayor, pero sin materializarlo en una fusión por absorción. Estamos hablando de la adquisición del negocio de Bankpime por parte de la entidad Caixabank, pero sin materializarlo en una escritura de fusión por absorción, de forma que la adquirente se responsabiliza solo parcialmente de las obligaciones de la transmitente, dando lugar a diferentes interpretaciones por los órganos judiciales de esta peculiar situación cuando los compradores de bonos reclaman a la compradora. Téngase en cuenta que Bankpime no desaparece del tráfico jurídico y se transforma en otra entidad con nombre diferenciado. El supuesto nos permite observar las dos tesis contrapuestas que en nuestros días concurren, en materia de legitimación pasiva causal, y que deja en una indefensión y debilidad evidentes al consumidor minorista.

**Palabras clave:** sucesión bancaria; fusión por absorción; inseguridad jurídica; interpretación de las normas.

---

*Fecha de entrada: 17-09-2017 / Fecha de aceptación: 28-09-2017*

## **ENUNCIADO**

Dos personas, compradoras de bonos de la empresa FA, han presentado una demanda contra la entidad Caixabank ejercitando en cuanto parte actora en el procedimiento una acción principal de nulidad-anulabilidad contractual y subsidiaria de resolución por incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en los artículos 6.3, 1.101, 1.124, 1.256, 1.261, 1.265, 1.266, 1.288, 1.300, 1.301 y 1.303 del CC; 78, 78 bis, 79, 79 bis y concordantes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo en el ordenamiento español la Directiva 2004/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (MiFID), Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, de establecimiento de normas de actuación en los mercados de valores, y 3, 8, 60 y 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el TRLGDCU, interesando que se declare la nulidad, ya sea absoluta o relativa, del contrato por el que se adquirieron 24 bonos de la empresa FA y se condene a la demandada al pago, en concepto de restitución, del importe de 24.000 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar todo ello con los importes percibidos por la actora, en concepto de cupón.

Subsidiariamente se solicita que se declare el incumplimiento por parte de Bankpime, SA, actualmente Caixabank, SA, de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores; o en su caso de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los bonos de FA y se condene a la demandada al pago en concepto de restitución del importe de 24.000 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar todo ello con los importes percibidos por la actora, en concepto de cupón.

Como fundamento de su pretensión los actores alegan que adquirieron 24 bonos FA 09/22 al 5 %, con valor nominal de 24.000 euros, en una compra que probablemente se efectuó entre los meses de julio y agosto de 2006, cuya fecha no puede confirmar, ya que no se le entregó copia de la orden de compra, indicándose esas fechas ya que los bonos se emitieron en el mes de agosto de 2006. Tampoco se les entregó ningún tipo de contrato ni de folleto informativo.

Se aporta reverso de orden de compra genérico y recibo de la entidad Bankpime de composición de cartera en relación con estas operaciones, que acredita la titularidad de los bonos, así

como certificado bancario de la demandada, Caixabank, con la composición de cartera en relación con esta misma operación bancaria, una vez producida la cesión de la entidad Bankpime.

Se demanda a la entidad Caixabank, SA por haber adquirido de la entidad Bankpime, SA su negocio bancario de gestión de fondos y haber recibido una comunicación de ambas entidades en que se les hacía saber que su relación comercial se traspasaba a la demandada y pasaban a ser cliente de esta entidad, por ser la misma la depositaria actual de los valores litigiosos, produciéndose una sucesión en la posición jurídica que ocupaba Bankpime en los contratos suscritos en su día con los actores, todo ello en virtud de un contrato de compraventa de negocio privado suscrito entre las partes el 29 septiembre 2011, publicándose en el BOE la fusión efectuada por Caixabank con Bankpime.

En este contrato se incluye una disposición que indica: «El comprador no asumirá, ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2». Y asimismo manifiesta una exclusión en referencia a «las reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor pasada o futura». Entiende la parte actora, siguiendo la doctrina de nuestros tribunales, que dicho pacto de exclusión de cesión de pasivos contingentes no solo es nulo por contener una condición sujeta a un suceso incierto (art. 1.113 CC), sino que además es contradictoria con las demás cláusulas, no pudiendo quedar afectado el cliente de la entidad bancaria por los pactos y cláusulas oscuras de un contrato en que no ha sido parte, ni le han sido notificadas. Se produjo una sucesión a título universal con subrogación en la posición jurídica de Bankpime, asumiendo los derechos y obligaciones derivados de ello y sin perjuicio de la responsabilidad frente a la cesionaria según lo pactado y sin modificación de la relación jurídica establecida con el cliente por los pactos y condiciones sobrevenidos a esa sucesión. No cabe por tanto hablar de una simple cesión de contrato, que requeriría el concurso de las tres partes, esto es, cedente, cesionaria y el contratante afectado por esa cesión.

La parte entiende que por ello es indiferente que la entidad cedente continúe operando en el tráfico jurídico, aunque con otra denominación y distinto objeto social, al haber quedado subrogada la hoy demandada en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos en consonancia con la propia comunicación remitida al cliente por ambas entidades, produciéndose una cesión de los negocios de depositaria, 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 29 de septiembre de 2011, en que la cesionaria «asumirá en virtud de tal cesión la posición contractual del primero» (cedente), debiendo por ello responder de igual manera y con idéntico alcance la demandada que lo haría Bankpime.

Así, la transmisión 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 febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras, entre ellas Bankpime, de cumplir los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma, tal y como consta en el encabezamiento del contrato suscrito por ambas entidades el 29 de septiembre de 2011, lo que motivó que se transmitiesen al comprador los activos y pasivos que conformaban el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia,

así como su gestora de fondos y sucesión universal según consta en el contrato, que se elevó a público el 1 de diciembre de 2011. Causó así Bankpime baja en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España el 23 de noviembre de 2012, por cambio de objeto social con cesión del negocio bancario a Caixabank, SA, sin que ello obste a la verdadera cesión de contratos que se produjo, debiendo responder la demandada frente a los clientes.

La parte continúa señalando que, anteriormente, mediante hechos relevantes publicados en la nota de la CNMV de 30 de septiembre de 2011 y de 1 diciembre de 2011, Caixabank y Bankpime anunciaron la transmisión del negocio bancario de gestión de fondos, de la segunda a la primera, lo que se comunicó a los clientes por medio de un folleto y a los medios de comunicación por nota de prensa de 30 de septiembre de 2011, afirmando que la demandada adquiriría la «totalidad del negocio bancario». El 7 de octubre de 2011 Bankpime remitió carta a cada cliente para informarles del acuerdo alcanzado con la demandada y el 1 de diciembre de 2011 la demandada remitió una carta a cada uno de los clientes minoristas inversores de bonos Aisa, dándoles la más cordial bienvenida a la entidad, comunicándoles que la junta general de Bankpime (ahora la demandada por fusión por absorción) había aprobado la adquisición del negocio bancario por su parte, carta firmada por el presidente de la demandada don Antonio. En la carta se hacía constar que la integración incluía la cesión de los préstamos, créditos, líneas de avales y demás productos de financiación, pasando a ser la demandada la nueva entidad acreedora de tales operaciones, con efectos desde el 1 de diciembre de 2011, y por lo demás estas operaciones cambiarían de numeración, pero mantendrían sus condiciones.

En consonancia con ello el 19 de junio de 2012 la junta de accionistas de Bankpime adoptó, como acuerdo social, sustituir su objeto social consecuencia de la transmisión del negocio bancario a la demandada. Se dejó viva una sociedad instrumental llamada IPME 2012, SA, para recibir las reclamaciones que los clientes de Bankpime interpondrían por la gestión de este banco, eludiendo la demandada su responsabilidad, remitiendo a quien reclamase a esta sociedad, sucesora registral de Bankpime, de la que la misma solo alegaba haber adquirido su negocio bancario. El deterioro de esta sociedad ha sido tal que ha entrado en concurso de acreedores, que se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, autos 906/2013.

La entidad demandada Caixabank considera que no puede ser condenada a lo que se está instando, pues está exenta de esta responsabilidad, con evidente falta de legitimación pasiva causal.

Examinemos las dos respuestas dadas por nuestros tribunales a esta cuestión en la actualidad.

### *Cuestiones planteadas:*

- Traspaso del negocio bancario de una entidad a otra sin fusión por absorción.
- Planteamientos jurisprudenciales contrapuestos sobre la falta de legitimación pasiva causal de la entidad adquirente del negocio.
- Consecuencias de inseguridad jurídica para el inversor.

## SOLUCIÓN

Estimamos que el planteamiento de la cuestión ha quedado perfectamente relatado en la descripción de los hechos y ahora observemos la síntesis de las dos respuestas completamente dispares que nuestros tribunales han dado a este problema.

Caixabank se declara irresponsable, alegando que no es la sucesora universal de la entidad Bankpime y que, en todo caso, es una mera intermediaria y comercializadora del producto adquirido, siendo además la relación jurídica existente entre las partes un mero mandato de inversión, que se agota al verificar de forma efectiva la compra encomendada en bonos titularidad de un tercero, que es quien resulta parte en la compraventa, no pudiendo reclamarse restitución alguna a la demandada, al no ser el emisor de los bonos.

Pues bien, la primera tesis favorable a que se declare la responsabilidad de Caixabank señala, en relación con la falta de sucesión por la exclusión contenida en el contrato de compraventa suscrito por las partes el 29 de septiembre de 2011, que no cabe atender a la misma, ya que efectivamente el pacto de exclusión incluido en la cláusula 2.2 del mismo se condiciona a un suceso totalmente incierto (art. 1.113 CC) y nulo por ello y que resulta contradictorio con el resto de las cláusulas y con los propios actos llevados a cabo tanto por la entidad Bankpime, como por la entidad Caixabank. Es por ello que dicha cláusula de exclusión además de no ser oponible al tercero, en este caso la parte actora que no intervino en dicho negocio, no puede prevalecer en su estricta interpretación literal sobre el resto del contenido del contrato y los referidos actos de las partes, voluntad e intención de las mismas, a tenor de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil.

En este sentido, como señala la SAP de Madrid de 5 de junio de 2006, con cita entre otras de las SSTs de 2 de noviembre de 1983, 15 de julio de 1986, 16 de diciembre de 1987, 20 de diciembre de 1988 o 19 de enero de 1990, las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del CC constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281 del CC, de modo que si la claridad de los términos del contrato no dejan duda de la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal. Es evidente en este caso la contradicción entre la literalidad de ese pacto de exclusión aislado y el resto de cláusulas y actos de las partes coetáneos y posteriores al contrato.

Así, en primer lugar, el contrato privado suscrito por ambas entidades se denomina de «compraventa de negocio», negocio bancario, pasando a causar baja en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España la propia Bankpime, por cambio de su objeto social, evidenciando así que ninguna titularidad pretendía mantener respecto de contratos como el que se debate en esta litis, sea de depósito y administración de valores o de asesoramiento. Además, este contrato de compraventa fue motivado por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 8 de febrero, de reforzamiento del sistema financiero y ante la imposibilidad, entre otras entidades financieras, de la propia

Bankpime, de cumplir los requisitos mínimos de capital que exigía dicha norma, transmitiendo por ello los activos y pasivos que conformaban su negocio bancario, incluyendo expresamente en el contrato de compraventa: «La intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos». No cabe tampoco entender en una interpretación lógica y según los propios actos de los contratantes que Bankpime pudiera retener la titularidad del contrato de depósito o de asesoramiento que nos ocupa, cuando el motivo de la transmisión era la imposibilidad de continuar con la titularidad de estos negocios, con arreglo a la normativa existente.

Como señala la Sentencia de la Sección 3.<sup>a</sup> de la AP de Palma de Mallorca de 5 de noviembre de 2015, «en consecuencia, la relación negocial seguida entre Bankpime y Caixabank no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo entre ellos. Igualmente, esa cesión no solo 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».

A mayor abundamiento, los propios actos de las partes frente a la actora, que tiene la condición de consumidora, además de inversora minorista y conservadora, como se verá, pusieron de manifiesto la sucesión en el contrato que nos ocupa, a todos los efectos, de la demandada respecto de Bankpime, anunciando el 30 septiembre de 2011 y el 1 de diciembre de 2011 a la CNMV y a los medios de comunicación por nota y a los clientes por folleto «la transmisión del negocio bancario». Específicamente, además, la propia demandada remitió carta a cada cliente inversor minorista de bonos Aisa para informarles del acuerdo alcanzado el 1 de diciembre de 2011, dándoles la bienvenida a la entidad, hecho absolutamente innecesario de no producirse la transmisión con relación a este producto. Específicamente en esa carta se hace constar que la integración incluye la cesión de los préstamos, créditos, etc., categorías en las que deben incluirse los bonos, siendo innecesaria la mención en otro caso, procediendo, en consonancia con la efectiva transmisión, a aperturar nuevas cuentas, con cambios de numeración y sin modificar las condiciones anteriores, pero pasando la titularidad por esa gestión y administración a la demandada, que además percibe comisiones por ello.

Es así conocida la doctrina de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, que determina lo inadmisibles del ejercicio de un derecho y acción que se halle en contradicción con una conducta y forma de comportarse anterior, contradictoria e incompatible con dicho ejercicio. A ello cabe añadir que cuando en una determinada relación jurídica uno de los sujetos actúa de manera que produce en el otro la fundada confianza de que, por la significación de su conducta, en el futuro se comportará coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo (art. 7 CC) y convierte en inadmisibles las pretensiones que resulten contradictorias con dicha forma de proceder (SSTS de 12 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 12 de abril de 1993 o 30 de mayo de 1995).

No cabe por ello pretender que la labor de la demandada haya consistido en una aislada actuación material desligada de todo contrato de administración o gestión, con la simple apertura de cuentas con percibo de comisiones sin más y que la titularidad material del contrato la ostende.

te y mantenga la entidad Bankpime, desligada completamente del contrato desde la transmisión, inclusive de la propia gestión de cobro de comisiones o abono de cupones, que constituyen las prestaciones propias del contrato, que materialmente constan asumidas por la demandada, debiendo desestimarse la excepción planteada.

Por otra parte, debe ser igualmente desestimada la excepción de falta de legitimación pasiva, con respecto a la alegación de ser una mera intermediaria, sin responsabilidad alguna en cuanto al contrato, pues de los propios documentos acompañados a la demanda y contestación resulta que la relación jurídica y contrato, cuya nulidad o resolución se interesa, se celebró entre la parte actora y la ahora demandada, como sucesora que es, quien asume las obligaciones frente a la actora mediante el correlativo y necesario contrato de depósito o administración de valores o de asesoramiento suscrito por las mismas, para la compra del producto que sea. Son las obligaciones dimanantes de tales contratos para la demandada las que se alegan infringidas conforme a la normativa civil y reguladora del mercado de valores que se invoca, con independencia del tipo de producto que se adquiriese y de si efectivamente tales obligaciones son o no inherentes al tipo de contrato suscrito (lo que es cuestión de fondo), siendo la demandada la obligada a informar debidamente sobre el mismo y a cumplir con lo pactado (ya sea un contrato de asesoramiento y gestión o de simple administración) y no un tercero, simple emisor, ajeno a la relación jurídica entre las partes, que se limita a poner un producto en el mercado, siéndole indiferente que se adquiera por un particular directamente o por una entidad bancaria en virtud de los contratos que la vinculan con sus clientes, no asumiendo el emisor obligación alguna frente al cliente, como las que se invocan incumplidas. No se alegan por la actora defectos en la propia operación de compra del producto al tercero, que es en este caso el emisor y no la demandada, sino en el asesoramiento o comercialización en que participa la demandada, que es la relación jurídica que se ha de examinar en principio. La misma parte demandada dedica su escrito de contestación a justificar el cumplimiento por su parte de las obligaciones que como comercializadora o mediadora en la adquisición del producto le incumbían frente a la actora, y en suma asumiendo con sus propios actos y alegaciones su vinculación contractual con la misma, sea de uno u otro tipo, no pudiendo negar ahora toda relación y consiguientes obligaciones, no pudiendo de nuevo actuar contra sus propios actos.

Pues bien, frente a ello, otros tribunales resuelven de forma diversa y contraria con una segunda tesis, conforme a la cual, la cuestión planteada en las presentes actuaciones sobre la legitimación causal de la entidad Caixabank, SA en relación con las acciones ejercitadas contra ella derivadas de la adquisición de los bonos FA comercializados en su día por la entidad Bankpime ha sido ya objeto de pronunciamiento, si bien en forma distinta, por diferentes secciones de la misma, siendo así que esta Sección 18.<sup>a</sup> ya adoptó su criterio en varias ocasiones, como por ejemplo en su Sentencia de 24 de noviembre de 2016 en la que manifiestan, resolviendo diferentes argumentaciones formuladas, que «la parte apelante en el escrito fundamentador de su recurso de apelación impugna la sentencia de instancia alegando, en primer lugar, la existencia de un error en la apreciación de la prueba, lo que determina infracción de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; entiende la parte recurrente que sí ha existido una verdadera y auténtica subrogación de Caixabank en todos los derechos y obligaciones de Bankpime, SA, y así alega, en



primer lugar, que en el Boletín Oficial del Estado se comunica la fusión por absorción de Bankpime por Caixabank, sin embargo hemos de tener en cuenta que dicha publicación en el Boletín Oficial del Estado no puede determinar ni justificar en modo alguno que ello se haya producido en la forma a que hace referencia el citado Boletín Oficial, que no es sino la manifestación de una resolución del Ministerio de Hacienda que en modo alguno puede vincular a los tribunales; no podemos olvidar ni desconocer, en absoluto, que la fusión de sociedades tiene un procedimiento legalmente establecido y ese procedimiento pasa por la realización de una escritura de fusión por absorción, la inscripción en el Registro Mercantil, y la extinción de la sociedad absorbida, que se integra con todo su patrimonio de forma de sucesión universal en la nueva sociedad producida por la fusión; en el presente caso en modo alguno se ha producido esta fusión por absorción, ni existe la escritura de fusión ni se ha producido inscripción alguna en el Registro Mercantil en tal sentido, lo que se ha acreditado es la existencia de una serie de operaciones de compraventa por parte de la entidad Caixabank de parte de las operaciones y activos de la entidad Bankpime, pero sin que se haya producido esa supuesta fusión, ni mucho menos una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones; lo que se ha producido, como dijimos, es ese mero contrato de compraventa, por el que se ha adquirido parte del patrimonio pero no se ha extinguido en absoluto la entidad Bankpime, que ahora sigue existiendo bajo el nombre de Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa; por ello, no acreditada la fusión ni la sucesión universal, necesariamente debe decaer este primer motivo de recurso [...]. SEGUNDO. El segundo motivo de recurso se basa en la limitación de la validez de la cláusula por la se asumía solamente determinado pasivo y su inoponibilidad a terceros; lo cierto es que se trata de una cláusula perfectamente clara y que determina el alcance de la operación suscrita entre Caixabank y Bankpime, y no puede desconocerse que se adquiere por determinado precio un determinado activo y un determinado pasivo, no pudiendo por tanto incrementarse en contra de la entidad Caixabank un pasivo que no existía en el momento de la operación de compraventa y que no fue tenido en cuenta en esta; no solamente no fue tenido en cuenta, sino que fue expresamente excluido de la asunción de responsabilidad por parte de Caixabank, lo que implica y supone, no la inexistencia de las citadas deudas derivadas de la responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como intermediador, sino que la misma no ha pasado ni se ha trasladado a la nueva adquirente, sino que sigue perteneciendo a la masa patrimonial, en este caso pasiva de la entidad Bankpime, por lo que, y en consecuencia, debe decaer también esta alegación.

Para dar respuesta a estas cuestiones debemos partir de los siguientes hechos: en virtud de escritura pública de fecha 1 de diciembre de 2011 [...], se elevó a público el documento privado de compraventa de fecha 29 de septiembre de 2011, concertado entre Bankpime, como vendedora, con Caixabank, como parte compradora, en cuyo exponendo IV se indica que la finalidad perseguida en este contrato por Bankpime es la de "mantener recursos suficientes para hacer frente a los pasivos remanentes", y ello ante la imposibilidad de continuar su actividad bancaria cumpliendo los requisitos regulatorios de solvencia, indicándose en el exponendo V que "el comprador declara estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conforman el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, sin sucesión universal, y por un precio superior al valor neto contable de los elementos patrimoniales a transmitir".



Conviene que recordemos que obra en autos [...] Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de noviembre de 2015, en la que se dio por parte de esta entidad la previa autorización para llevar a cabo la operación de transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank, que se recoge en el contrato a que nos venimos refiriendo.

En las cláusulas 1 y 2 de este contrato se trata de definir por las partes intervinientes en el mismo qué es lo que se cede, reseñando el activo y pasivo a transmitir, y en la cláusula 4 se trata de concretar lo no cedido, y así en esta última cláusula se dice que "el comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los establecidos 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".

En la cláusula 2.2 a que se refiere la cláusula 4 que hemos transcrito, bajo el título de "cesión de elementos del pasivo", se trata de delimitar el pasivo de Bankpime que sí es objeto de transmisión con base en el mismo, y diferencia este en dos grupos, uno el de los depósitos de los clientes, y un segundo titulado de "otros pasivos financieros", señalando al efecto que «el vendedor transferirá la titularidad o cederá las obligaciones de pago al comprador, según sea el caso, respecto de depósitos de entidades financieras, la cédula hipotecaria y otros pasivos financieros».

Finalmente, y a los efectos en el procedimiento que nos ocupa, debemos señalar que en la cláusula 9 de este contrato, en la que se refieren una serie de actuaciones posteriores a lo que se denomina "fecha de cierre", se convino que Bankpime cambiaría su denominación social por una que no contuviera "la denominación social o marcas del vendedor", siendo así que no se discute que Bankpime pasara a denominarse IPME 2012 SA, figurando inscrita así en el Registro Mercantil [...].

Es cierto que aparecen unidas a las actuaciones, como documentos acompañados por la parte actora, ahora apelante, con su demanda, una serie de publicaciones en prensa en las que se habla de que CaixaBank se quedaría con el negocio financiero de Bankpime y absorbería esta entidad, como aparece en artículo de *CapitalMadrid.com* [...], indicándose en otro artículo aparecido en el *Periodico.com* la noticia con el titular de: "La Caixa ultima la absorción del banco catalán Bankpime", siendo igualmente cierto que, en 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 procede a cancelar la autorización concedida a la entidad Banco de la Pequeña y Mediana Empresa –Bankpime para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria, se hace referencia a un escrito presentado por la entidad CaixaBank en el que se dice: "comunica la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa– Bankpime por CaixaBank" [...].

Pues bien, partiendo de los datos reseñados en el fundamento jurídico anterior, esta sala considera que, pese a las alegaciones efectuadas por la parte apelante, tanto en su demanda, como en su escrito formalizando recurso de apelación, no podemos admitir que en ningún caso se haya

producido una fusión por absorción por parte de Caixabank, en virtud de la cual esta entidad, como sucesora de Bankpime, deba asumir la totalidad de derechos y obligaciones de aquella.

No es solo ya que en la escritura pública en la que se formaliza el contrato de compraventa se indique expresamente que el negocio objeto de transmisión en él mismo se realiza "sin sucesión universal", sino que es además un hecho cierto y no discutido el que la mercantil Bankpime no ha desaparecido ni perdido su personalidad jurídica, propia e independiente, desde luego de Caixa-bank, SA, habiendo pasado, eso sí, a tener una nueva denominación social, llamándose en la actualidad IPME 2012, SA; pero es que lo que es esencial para determinar el que desde luego no se ha producido la fusión por absorción a que se refiere la ahora apelante es que desde luego no nos consta que se haya dado cumplimiento de los presupuestos y requisitos recogidos en los artículos 22 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades de capital, en relación con la fusión de sociedades mercantiles, en el supuesto que nos ocupa [...].

En el concreto supuesto que nos ocupa, del contenido de la escritura pública en la que se contiene el documento privado de compraventa concertado entre Caixabank, SA, como compradora, y Bankpime, como vendedora, no existe acuerdo alguno de transmisión en bloque del patrimonio de Bankpime, ni desde luego una sucesión universal por parte de Caixabank del patrimonio de Bankpime, siendo así que expresamente, y como referimos en el fundamento jurídico anterior, en el contrato por ellas pactado al determinar el objeto de compraventa en dicho acuerdo, que no es sino el negocio bancario de Bankpime, dice que se realiza "sin sucesión universal", pero es que además, conllevando la fusión por absorción la extinción de personalidad de la sociedad absorbida, es evidente que ello tampoco ha sucedido en el caso a que nos venimos refiriendo en tanto que Bankpime, como anteriormente hemos indicado, continúa manteniendo su personalidad jurídica, aun cuando haya cambiado su denominación.

Realmente las consideraciones realizadas obvian que debamos entrar a analizar, en el supuesto que nos ocupa, la falta de justificación de la existencia de un proyecto de fusión de Bankpime ni de Caixabank, con los requisitos a que se refiere el artículo 31 de la Ley 3/2009, ni lógicamente la debida publicidad de estos necesarios proyectos, ni desde luego los informes de los administradores de cada una de las sociedades a fusionarse (art. 33), ni el alcance del balance de fusión (art. 36), y mucho menos la aprobación en Junta de la misma, a los efectos del artículo 40 de la ley ya citada y su correspondiente publicidad en el Registro Mercantil, etc. [...]. Todo ello además de que, en cualquier caso, y conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 3/2009, la eficacia de una posible fusión solo se produciría desde la inscripción de la nueva sociedad, o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil.

Pretender deducir de la existencia de una fusión por absorción de dos entidades por una serie de noticias en prensa, o por los antecedentes de una resolución administrativa cuyo alcance se concreta en la cancelación de una autorización como entidad colaboradora de la gestión recaudatoria de Bankpime [...], en contra de los datos objetivos que hemos referido, de exclusión por las mismas de una sucesión a título universal por parte de Caixabank y respecto del negocio de Bankpime y de no desaparición o extinción de la personalidad jurídica de esta última entidad, y

sin cumplirse con ninguno de los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico para que se dé un supuesto de fusión de sociedades, entendemos que desde luego no es posible, no siendo los datos referidos por la parte apelante en apoyo de sus peticiones, a que nos hemos referido, no solo insuficientes para justificar una aparente fusión por absorción, como la que mantiene se dio entre Bankpime y Caixabank, sino que desde luego carecen de entidad para pretender justificar la falta de cumplimiento de los requisitos y previsiones que nuestro ordenamiento jurídico exige para que pueda hablarse de una fusión por absorción como la discutida.

Este tribunal considera que, como el fundamento de la legitimación de Caixabank, SA en ser Caixabank la sucesora de Bankpime por fusión por absorción, y por ello, tal y como señala, como la otra parte en el contrato y obligada a la devolución de las cantidades solicitadas, las consideraciones hasta el momento expuestas conllevarían que debiéramos sin más desestimar las pretensiones deducidas por la parte apelante en su recurso, manteniendo la resolución dictada en instancia en cuanto a que Caixabank no se encuentra legitimada respecto de la acción contra ella deducida en la demanda, al no existir la fusión por absorción en la que la parte actora-apelante fundamentó su legitimación expresamente [...].

Finalmente, y al objeto de completar este panorama de inseguridad jurídica, que como vemos por las muchas sentencias afecta a una gran cantidad de inversores, aportamos otras referencias jurisprudenciales en relación con la discusión en cuanto a la legitimación de Caixabank, SA para soportar acciones como las deducidas en la demanda: en la Audiencia Provincial de Madrid se ha mantenido la legitimación de la misma en resoluciones dictadas por las Secciones 10.<sup>a</sup> y 20.<sup>a</sup> de fecha de 14 de septiembre y 25 de abril de 2016 (rollos de apelación 708/16 y 592/15), no habiéndole sido reconocida legitimación a Caixabank en la sentencia dictada por la Sección 19.<sup>a</sup> en el rollo de apelación 432/16 de los tramitados en la misma, de fecha 22 de junio de 2016, manteniendo una postura intermedia en tanto que consideró que debía entenderse que existía un supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, de forma que debían ser llamadas a la litis tanto la mercantil Caixabank, SA como IPME 2012, SA, actual denominación de Bankpime, para dar solución a las cuestiones planteadas la Sección 25.<sup>a</sup> en sentencias de 22 de enero y 10 de junio de 2016 (rollos de apelación 540/15 y 12/16), no manteniendo tampoco otros tribunales distintos de esta Audiencia Provincial un criterio único, y así en supuestos similares al que tratamos le ha sido denegada legitimación a Caixabank, SA respecto de las pretensiones frente a la misma deducidas, por ejemplo, por la Sección 9.<sup>o</sup> y 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencias de 4 de julio de 2016 y 29 de febrero de 2016 (rollos de apelación 1208/16 y 402/15), por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 28 de diciembre de 2015 (rollo de apelación 302/14), o en resolución de 30 de julio de 2015 dictada por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Logroño, recaída en el rollo de apelación 76/14, manteniendo que sin embargo sí se encontraba legitimada Caixabank para soportar la acción frente ella deducida la Sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de junio de 2016 (rollo de apelación 904/14), así como la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Castellón en resolución de 22 de febrero de 2016 (rollo de apelación 609/15), existiendo otras resoluciones en las que discutiéndose sobre la naturaleza y alcance de lo convenido con la compra de los bonos litigiosos, bonos AISA, se ha dirigido la demanda contra la entidad IPME 2012, SA, no dudando-

se de la legitimación de la misma en reclamaciones similares a las que nos ocupa, pudiendo así citar por ejemplo las sentencias de la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia de Barcelona, de fecha 5 de mayo de 2016 (rollo de apelación 182/15), o de las Secciones 19.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> de esa misma Audiencia Provincial de fecha 3 de febrero de 2016 y 26 de noviembre de 2015 (rollos de apelación 699/14 y 324/14 respectivamente)».

*Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Código Civil, arts. 6.3, 1.101, 1.124, 1.256, 1.261, 1.265, 1.266, 1.288, 1.300, 1.301 y 1.303.
- SSAP de Madrid de 25 de abril y 14 de septiembre de 2016 y de 13 de julio de 2017.