

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066272

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 621/2022, de 26 de septiembre de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1689/2019

SUMARIO:

Sociedades de capital. Modificaciones estructurales. Legitimación pasiva de la sociedad beneficiaria de la escisión parcial. Nulidad de contrato incluido en la unidad económica traspasada. La Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales, actuando en interés de sus socios, interpuso una demanda contra el banco ahora recurrente en casación, en la que solicitó que se declarara la nulidad de los contratos suscritos por las partes para la adquisición de bonos estructurados por error vicio del consentimiento contractual prestado por los demandantes. El banco demandado escindió parte de su patrimonio, en concreto, la unidad económica consistente en la actividad de negocio minorista a otra sociedad. En contra de lo afirmado por la demandante, ahora recurrida, en los supuestos de escisión parcial se produce una sucesión universal respecto de la unidad económica traspasada en bloque, aunque la sociedad escindida no se extinga, pues la pervivencia de la sociedad escindida es consustancial al carácter parcial de la escisión, a diferencia de lo que ocurre con la escisión total. Como consecuencia de esa sucesión universal, la sociedad beneficiaria quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista. Por tanto, lo que se transmitió fue la titularidad de la relación negocial entre la sociedad recurrente y sus clientes de negocio minorista y, con ella, la posición pasiva respecto de una futura acción de nulidad del contrato por error vicio. La responsabilidad solidaria de la recurrente respecto de las obligaciones de la sociedad beneficiaria derivadas de la unidad económica transmitida tendría por objeto, en este caso, la obligación de restitución que es consecuencia de la declaración de nulidad por error vicio de los contratos de adquisición de los productos estructurados por parte de los demandantes. Pero para que dicha obligación nazca, es preciso que previamente se haya instado por los clientes la nulidad contra la sociedad titular de la relación contractual cuya anulación se pretende y que se haya declarado la nulidad y la consiguiente obligación de la sociedad beneficiaria de restituir a los clientes lo pagado por estos. Y esa sociedad frente a la que ha de instarse la nulidad no es la recurrente, que traspasó en bloque, por sucesión universal, la unidad económica de su negocio minorista antes incluso de que esa pretensión fuera ejercitada, sino la sociedad a la que fue transmitida tal unidad económica en la operación de escisión parcial de la recurrente y asumió la posición contractual de esta en la relación negocial con los demandantes. La pretensión de anulación de los contratos no puede dirigirse directamente contra la sociedad escindida, en una demanda en la que solo esta sociedad es demandada, porque carece de legitimación pasiva respecto de dicha acción, pues la relación contractual cuya anulación se pide, con todos los derechos y acciones, en el lado activo, y obligaciones y responsabilidades, en el lado pasivo, fue transmitida a la sociedad beneficiaria en la operación de escisión parcial.

PRECEPTOS:

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), arts. 70, 71, 73 y 80.

PONENTE:*Don Rafael Saraza Jimena.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 621/2022

Fecha de sentencia: 26/09/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1689/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 07/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1689/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 621/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 26 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 498/2018, de 15 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 81/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tolosa, sobre nulidad contractual.

Es parte recurrente Banco Inversis S.A., representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Francisco Málaga Diéguez.

Es parte recurrida Auge, Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales, que actúa en interés de sus socios D.^a Elisa, D. Eladio y D. Carmelo, representados por el procurador D. José Ignacio Otermin Garmendia y bajo la dirección letrada de D.^a Pilar Tarazona Ribera.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1. El procurador D. José Ignacio Otermin Garmendia, en nombre y representación de Auge, Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales, actuando en interés de sus socios D.ª Elisa, D. Eladio y D. Carmelo, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Inversis S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que, estimando la demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:

" a) Declare la nulidad de los contratos suscritos por las partes para la adquisición de los dos bonos estructurados litigiosos (documentos 34, 35 y 36), así como de los múltiples contratos de compraventa destinados a las operaciones "intradia" sobre derivados (documentos 58 y 59), por error vicio del consentimiento contractual prestado por los actores, que fue provocado por el incumplimiento por parte de Inversis de sus deberes legales de evaluar la conveniencia de los productos financieros en relación con el perfil de los actores, así como de informarles acerca de la naturaleza compleja y los elevados riesgos de las inversiones litigiosas.

" b) Extienda la declaración de dicha nulidad a la parte del contrato de crédito suscrito entre las partes para la financiación de las inversiones litigiosas (620.000 €), que consta aportado como documento 39 de la demanda.

" c) Acuerde la restitución íntegra de las prestaciones mutuamente aportadas por las partes en ejecución de los contratos referidos en los apartados a) y b) del presente suplico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil, condenando por tanto a Banco Inversis SA, a reintegrar a los socios de Auge las cantidades invertidas en los citados productos financieros litigiosos y en la parte del crédito destinada a financiarlos, minorando la cantidad resultante con las amortizaciones y rendimientos de los productos litigiosos que haya resultado acreditada en los presentes autos.

" d) En consecuencia, condene a Banco Inversis, SA, a abonar a la familia Carmelo Eladio Elisa la cantidad de un millón quinientos treinta y siete mil setecientos diecinueve euros con noventa y nueve céntimos (1.537.719,99 €), más los intereses legales aplicables desde las respectivas fechas de realización de las inversiones litigiosas y de abono de los intereses y gastos de los créditos hasta la sentencia.

" e) Condene a la entidad demandada a abonar los intereses procesales moratorios del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia.

" f) Imponga a Banco Inversis, SA, las costas procesales causadas en la instancia".

2. La demanda fue presentada el 14 de marzo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tolosa, fue registrada con el núm. 81/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El 21 de julio de 2016, dentro del plazo de contestación a la demanda, Andbank España S.A. se personó en el proceso mediante un escrito en el que manifestaba "tenga por solicitada la sucesión procesal de Banco Inversis, S.A. a favor de mi representada por transmisión del objeto litigioso y previos los trámites oportunos, declare la referida sucesión procesal y, por consiguiente, tenga a Andbank España, S.A. como parte en el presente procedimiento en la misma posición de parte demandada que ocupaba Banco Inversis, S.A. y en sustitución de este último". Dado traslado de la solicitud a los demandantes, estos se opusieron y el juzgado dictó un auto que desestimó la solicitud.

4. La procuradora D.ª Rosario Sánchez Félix, en representación de Banco Inversis S.A., contestó a la demanda mediante un escrito presentado el 15 de septiembre de 2016 en el que solicitó:

"1. Dicte auto durante la audiencia previa por el que, declarándose la manifiesta falta de legitimación pasiva de Banco Inversis, S.A., se archive el procedimiento, con expresa condena en costas a los demandantes.

" 2. Subsidiariamente, dicte en su día sentencia por la que, declarándose la falta de legitimación pasiva de Banco Inversis, S.A., se absuelva a mi representada con expresa condena en costas a los demandantes.

" 3. Subsidiariamente y sólo para el caso de que no se admitan ninguna de las peticiones anteriores, dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada de la totalidad de los pedimentos del suplico, con expresa condena en costas a los demandantes".

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tolosa, dictó sentencia 110/2017, de 11 de septiembre, cuyo fallo dispone:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Asociación de Consumidores Auge en representación de Elisa, Carmelo y Ildelfonso frente a Banco Inversis SA, debo declarar y declaro nulos los contratos de suscripción de bonos estructurados suscritos entre las partes y en consecuencia Banco Inversis deberá restituir a la actora el capital inicial invertido en estos bonos con intereses y comisiones y gastos de toda índole que se les haya obligado a pagar consecuencia de los mismos con los intereses

correspondientes mientras que los demandantes deberán devolver al banco los intereses o rentabilidad percibida a consecuencia del contrato que se declara nulo, también con los intereses correspondientes.

" Cada una de las partes abonará las costas ocasionadas a su instancia. Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo".

El 30 de octubre de 2017 se dictó auto en el que se acordó completar el fallo de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

" Que debo desestimar y desestimo la pretensión de la demandante en relación a la extensión de declaración de nulidad a la parte del contrato de crédito suscrito entre las partes para la financiación de las inversiones litigiosas".

Y el 21 de noviembre de 2017 se dictó un nuevo auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

""Se acuerda aclarar el/la sentencia dictado/a en el presente procedimiento con fecha 110/2017 en el sentido de aclarar que los días a quo para el cómputo del plazo de caducidad en relación a la acción de anulabilidad planteada serían el 17 de agosto de 2014 en relación al primero de los bonos estructurados contratados y el 29 de octubre de 2015 en relación al segundo"".

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Inversis S.A. y la representación de Auge, Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales se opuso al recurso.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 2108/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 498/2018, de 15 de octubre, que desestimó el recurso, con imposición de costas al apelante.

Tercero. Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación

1. La procuradora D.^a Rosario Sánchez Félix, en representación de Banco Inversis S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO. Infracción de las normas procesales reguladoras de la legitimación (469.1 apartado 4º LEC). Vulneración del art. 10 LEC por desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva oportunamente deducida.

" SEGUNDO. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1, apartado 2º LEC). Vulneración de los artículos 209 y 218 LEC por falta de motivación e incongruencia interna".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO. Vulneración del artículo 1301 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla".

"SEGUNDO. Vulneración de los artículos 1265, 1266 y 1301 del Código Civil y de la jurisprudencia que los aplica y desarrolla".

"TERCERO. Vulneración de los art. 73 y 80 de la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles ("LME"), en relación con la falta de legitimación pasiva de Inversis".

"CUARTO. Vulneración del Real Decreto 217/2008, relativo al régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y de los arts. 44 y 78 de la Ley del Mercado de Valores en relación con el art. 6.3 CC y la jurisprudencia que los desarrolla".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de junio de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3. Auge, Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales, actuando en interés de sus socios D.^a Elisa, D. Eladio y D. Carmelo se opuso a los recursos.

4. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Antecedentes del caso*

1. La Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales (Auge), actuando en interés de sus socios D.^a Elisa, D. Eladio y D. Carmelo, interpuso una demanda contra Banco Inversis S.A. (en lo sucesivo, Inversis) en la que solicitó que se declarara la nulidad de los contratos suscritos por las partes para la adquisición de dos bonos estructurados, así como de los múltiples contratos de compraventa destinados a las operaciones "intradía" sobre derivados, y la parte del contrato de crédito suscrito entre las partes para la financiación de las inversiones litigiosas que ascendía a 620.000 euros, por error vicio del consentimiento contractual prestado por los demandantes. Y, como consecuencia de lo anterior, que se acordara la restitución íntegra de las prestaciones mutuamente aportadas por las partes en la ejecución de los contratos, de modo que se condenara a Inversis a restituir a los demandantes la cantidad de 1.537.719,99 euros, más los intereses legales aplicables desde las respectivas fechas de realización de las inversiones litigiosas y de abono de los intereses y gastos de los créditos hasta la sentencia.

Durante la tramitación del litigio en la primera instancia, la parte demandante renunció a la petición de nulidad de los contratos de compraventa destinados a las operaciones "intradía" sobre derivados.

2. Dentro del plazo para contestar la demanda, Andbank España S.A. (en lo sucesivo, Andbank) se personó en el proceso y solicitó la sucesión procesal para ocupar la posición de demandada que tenía Inversis porque mediante la escritura pública otorgada el 20 de noviembre de 2014, cuya copia aportaba con la solicitud, Inversis escindió parte de su patrimonio (en concreto, la unidad económica consistente en la actividad de negocio minorista o retail) y la transmitió a Andbank. La parte demandante se opuso a la solicitud por considerar que la transmisión del objeto litigioso no se había producido una vez iniciado el juicio pues Andbank absorbió la personalidad jurídica de Inversis en 2014 y la solicitud era una maniobra dilatoria para ampliar el plazo de contestación a la demanda. El juzgado rechazó la solicitud de sucesión procesal porque la transmisión del objeto litigioso no se habría producido una vez iniciado el litigio sino con anterioridad.

3. Tras la desestimación de la solicitud de sucesión procesal formulada por Andbank y el consiguiente alzamiento de la suspensión del proceso, Inversis contestó a la demanda y alegó su falta de legitimación pasiva porque Inversis había transmitido parte de su patrimonio (la unidad económica consistente en la actividad de negocio minorista o retail) a Andbank por sucesión universal en una escisión parcial realizada en 2014. La relación contractual existente entre Inversis, S.A. y los demandantes forma parte integrante del patrimonio escindido a favor de Andbank. En consecuencia, Andbank se ha subrogado en los derechos y obligaciones objeto del litigio que correspondían a Inversis.

4. También planteó la excepción de caducidad de las acciones ejercitadas y negó la existencia del error vicio alegado en la demanda, dado el perfil de los demandantes y la información que se les suministró al contratar.

5. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva porque los demandantes habían contratado con Inversis. Desestimó también la excepción de caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de los bonos estructurados y del préstamo. Consideró que Inversis no había facilitado a los demandados la información adecuada sobre los productos ofertados, lo que, unido al perfil de los demandantes y a la complejidad de tales productos financieros, habría determinado la concurrencia de error vicio en los demandantes. Por tal razón, estimó la demanda en lo relativo a la petición de nulidad de los contratos de adquisición de dos bonos estructurados y acordó que Inversis restituyera a los demandantes el capital inicial invertido en estos bonos con intereses, comisiones y gastos, y que los demandantes devolvieran al banco los intereses o rentabilidad percibida a consecuencia de los contratos que se declaraban nulos, también con los intereses correspondientes. Y desestimó la petición de nulidad parcial del préstamo concertado para la financiación de parte de la inversión.

6. Inversis apeló la sentencia y la Audiencia Provincial confirmó la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva y de la excepción de caducidad, así como la concurrencia de error vicio, por lo que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida.

7. Inversis ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra dicha sentencia, que han sido admitidos.

8. La sala no considera necesario plantearse si procede estimar de oficio la falta de legitimación activa de Auge, a la vista de los términos en que están planteados los recursos y la solución estimatoria que ha de darse a uno de sus motivos, ni plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que solicita la parte recurrida porque no es relevante para resolver las cuestiones litigiosas objeto de los recursos.

Segundo. *Alteración del orden de resolución de los recursos*

1. Como hemos advertido en numerosas ocasiones (sentencias 117/2020, de 19 de febrero, y 550/2021, de 20 de julio, entre otras muchas), en atención al carácter de la legitimación y su relación con el fondo del asunto, se ha admitido que las cuestiones que a ella se refieren puedan suscitarse tanto por la vía del recurso por infracción procesal como por la del recurso de casación.

2. En el presente caso, la recurrente plantea la falta de legitimación pasiva mediante motivos planteados en ambos recursos.

3. Dado que la impugnación que se hace de la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva se basa en la infracción de las normas sustantivas que regulan las modificaciones estructurales de las sociedades de capital y, en concreto, la escisión parcial, es más adecuado abordar la cuestión en el recurso de casación, y hacerlo en primer lugar.

4. Esta sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.^a 1. regla 6.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y examinar, en primer lugar, el recurso de casación, porque una eventual estimación del mismo determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, "[...] toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia" (sentencia 691/2021, de 11 de octubre, y las que en ella se citan).

5. Asimismo, procede resolver en primer lugar el tercer motivo del recurso de casación, por ser este el que, junto al primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, plantea la falta de legitimación pasiva de la demandada, que por razones lógicas debe abordarse antes que el resto de los motivos del recurso de casación.

Tercero. *Formulación del tercer motivo del recurso de casación*

1. En el encabezamiento de este motivo la recurrente alega la vulneración de los arts. 73 y 80 de la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en lo sucesivo, LME) en relación con la falta de legitimación pasiva de Inversis.

2. En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que la responsabilidad de la sociedad escindida que regula el artículo 80 LME solo se activa cuando una determinada obligación resulta incumplida por parte de la sociedad beneficiaria de la escisión, por lo que la responsabilidad de Inversis solo se activaría si Andbank incumpliera sus obligaciones para con los demandantes, pero no antes. Argumenta que "estamos en un escenario previo de determinación de la presunta obligación incumplida a la que se hace referencia" porque para poder responder de una obligación con carácter subsidiario, antes ha de determinarse que existe una obligación y que la misma ha resultado incumplida. Asimismo, la aplicación del artículo 73 LME y la jurisprudencia que lo interpreta determina que en una escisión parcial se traspasa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, cada una de las cuales forma una unidad económica y, el hecho de que una determinada deuda no se incluyera en el proyecto de escisión, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal.

3. En conclusión, argumenta la recurrente, conforme a la regulación contenida en la LME, la entidad pasivamente legitimada para responder frente a los demandantes sería la beneficiaria de la escisión, Andbank, pues Inversis traspasó la totalidad del negocio minorista por sucesión universal a aquella. Así, en tanto que Andbank no incumpla su obligación de restitución frente a los demandantes, derivada de la nulidad que pudiera declararse en este proceso, Inversis carece de legitimación pasiva, pues su responsabilidad es de carácter subsidiario.

Cuarto. *Decisión del tribunal: legitimación pasiva de la sociedad beneficiaria de la escisión parcial para ser demandada en un proceso sobre nulidad del contrato incluido en la unidad económica traspasada*

1. Conforme al art. 70.1 LME, "[s]e entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes [...]".

2. Al haberse producido la escisión parcial de Inversis, antes del inicio del litigio, siendo Andbank la sociedad beneficiaria de esa escisión, existió una sucesión universal entre Inversis y Andbank respecto de la unidad económica consistente en el negocio minorista o retail de aquella, que fue traspasada en bloque del patrimonio de la sociedad escindida al patrimonio de la sociedad beneficiaria de la escisión. En la parte del patrimonio traspasada en bloque de una a otra sociedad se encontraban incluidas las relaciones negociales mantenidas por Inversis con los demandantes como consecuencia de los contratos de adquisición de los bonos estructurados. No era necesario que en la escritura de escisión se detallaran todas y cada una de las relaciones negociales con los clientes minoristas que eran objeto de transmisión pues bastaba que se encontraran incluidas en la unidad económica transmitida en la escisión parcial, como es el caso. Por otra parte, no podría haberse especificado en la escritura de escisión parcial que se transmitía la obligación de restitución a los demandantes de lo pagado por los contratos de adquisición de los bonos estructurados puesto que en aquel momento se trataba de contratos respecto de los que no se había formulado pretensión anulatoria alguna.

3. Por tanto, Andbank adquirió todos los bienes, derechos y acciones integrados en la unidad económica del negocio minorista de Inversis, en la que se incluían los derivados de los contratos celebrados con los demandantes, clientes minoristas; desde un punto de vista pasivo, Andbank asumió todas las obligaciones dimanantes de dicha unidad económica y quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista.

4. Sobre esta cuestión, en la sentencia 439/2017, de 13 de julio, declaramos:

"La sentencia 796/2012, de 3 de enero de 2013, en un supuesto de escisión parcial de una unidad de negocio, califica esta modalidad de transmisión como un acto de sucesión universal donde las relaciones jurídicas se transmiten en bloque y, el hecho de que una determinada deuda no se incluyera en el proyecto de escisión, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal. Es lo que sucede en este caso; aunque no se haga mención expresa en la escritura de segregación a la sucesión en la responsabilidad por anulación de los contratos de adquisición de las cuotas participativas, dicha responsabilidad es consecuencia de la sucesión universal derivada de la transmisión en bloque del negocio financiero. Por lo tanto, Banco Sabadell, en cuanto que sucesor universal del Banco CAM tras la fusión por absorción, deviene responsable de las obligaciones que tuviera el Banco CAM frente a terceros, puesto que las transformaciones estructurales de las sociedades, a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (arts. 22, 68, 69, 71, 80 y 81 LME). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (arts. 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias".

5. En consecuencia, en contra de lo afirmado por la recurrida, en los supuestos de escisión parcial se produce una sucesión universal respecto de la unidad económica traspasada en bloque, aunque la sociedad escindida no se extinga, pues la pervivencia de la sociedad escindida es consustancial al carácter parcial de la escisión (art. 70.1 LME), a diferencia de lo que ocurre con la escisión total (art. 69 LME). Como consecuencia de esa sucesión universal, Andbank quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista.

6. El art. 80 LME establece:

"De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación".

7. En la sentencia 8/2015, de 3 de febrero, en la que en el caso objeto del litigio se había producido una escisión parcial con pervivencia de la sociedad escindida, declaramos:

"[...] la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria,

ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación. En nuestro caso, queda acreditado que antes de la presentación de la demanda se había producido el incumplimiento de la obligación de pago de la deuda, razón por la cual, sin necesidad de que previamente se hubiera dirigido la acción frente a la beneficiaria, la sociedad escindida devino responsable solidaria e ilimitadamente".

8. A diferencia del caso objeto de la sentencia 8/2015, de 3 de febrero, en el presente caso la transmisión en bloque del negocio minorista de Inversis a Andbank no supuso la transmisión de una obligación de pago que pudiera resultar incumplida. Lo que se transmitió fue la titularidad de la relación comercial entre Inversis y sus clientes de negocio minorista y, con ella, la posición pasiva respecto de una futura acción de nulidad del contrato por error vicio.

9. La responsabilidad solidaria de Inversis respecto de las obligaciones de Andbank derivadas de la unidad económica transmitida, prevista en el art. 80 LME, tendría por objeto, en este caso, la obligación de restitución que es consecuencia de la declaración de nulidad por error vicio de los contratos de adquisición de los productos estructurados por parte de los demandantes.

10. Pero para que dicha obligación nazca, es preciso que previamente se haya instado por los clientes la nulidad contra la sociedad titular de la relación contractual cuya anulación se pretende y que se haya declarado la nulidad y la consiguiente obligación de la sociedad beneficiaria de restituir a los clientes lo pagado por estos. Y esa sociedad frente a la que ha de instarse la nulidad no es Inversis, que traspasó en bloque, por sucesión universal, la unidad económica de su negocio minorista antes incluso de que esa pretensión fuera ejercitada, sino Andbank, a la que fue transmitida tal unidad económica en la operación de escisión parcial de Inversis y asumió la posición contractual de esta en la relación comercial con los demandantes.

11. Ciertamente, habría sido admisible que los demandantes hubieran dirigido la demanda no solo contra Andbank sino también contra Inversis para que, en caso de que una vez conseguida la declaración de nulidad de los contratos frente a Andbank y la condena de esta a restituir a los demandantes lo pagado por estos Andbank no hubiera dado cumplimiento a esa obligación restitutoria, poder exigir a Inversis, sin necesidad de instar un nuevo proceso en su contra, ni siquiera de hacer excusión de los bienes de Andbank, su responsabilidad solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria respecto de la de Andbank. Así se reconoció en la sentencia 439/2017, de 13 de julio, en un supuesto de segregación del art. 71 LME, en el que el régimen de responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria de la sociedad segregada es, a estos efectos, el mismo que el de la sociedad escindida.

12. Pero la pretensión de anulación de los contratos no puede dirigirse directamente contra Inversis, sociedad escindida, en una demanda en la que solo esta sociedad es demandada, porque carece de legitimación pasiva respecto de dicha acción, pues la relación contractual cuya anulación se pide, con todos los derechos y acciones, en el lado activo, y obligaciones y responsabilidades, en el lado pasivo, fue transmitida de Inversis a Andbank, sociedad beneficiaria, en la operación de escisión parcial en la que aquella traspasó a esta, en bloque, su negocio minorista.

13. Es relevante que, al menos desde el comienzo de este litigio, los demandantes conocían la existencia y alcance de dicha modificación estructural, pese a lo cual se opusieron a la pretensión de Andbank de comparecer como demandada y mantuvieron la procedencia de su pretensión exclusivamente frente a Inversis.

14. También lo es que la recurrida no haya opuesto justificadamente, frente a los motivos de los recursos basados en la escisión parcial de Inversis y la consiguiente falta de legitimación pasiva de esta sociedad, que esa modificación estructural haya sido empleada como una artimaña que dificulte a los terceros la identificación de la sociedad contra la que deben dirigir la acción o como integrante de una actuación dirigida a defraudar a los clientes de la sociedad escindida.

15. Por tal razón este motivo del recurso de casación debe estimarse, lo que hace innecesario entrar en el resto de los motivos del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal. Y como consecuencia de tal estimación, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, el recurso de apelación, estimado, y la demanda, desestimada.

Quinto. Costas y depósitos

1. No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado ni del recurso extraordinario por infracción procesal en el que no procede entrar por la estimación del recurso de casación,

de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa imposición de costas. Y procede condenar a la parte demandante al pago de las costas de primera instancia.

2. Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Inversis S.A. contra la sentencia 498/2018, de 15 de octubre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 2108/2018.

2.º Casar la expresada sentencia y, en su lugar:

- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Inversis S.A. contra la sentencia 110/2017, de 11 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tolosa.

- Revocar dicha sentencia.

- Desestimar la demanda interpuesta por la Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales (Auge), actuando en interés de sus socios D.ª Elisa, D. Eladio y D. Carmelo, contra Banco Inversis S.A.

3.º No hacer expresa imposición de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ni del recurso de apelación, y condenar a la parte demandante al pago de las costas de primera instancia.

4.º Devolver al recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos.

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

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.