



Roj: **STS 388/2022 - ECLI:ES:TS:2022:388**

Id Cendoj: **28079110012022100089**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2022**

Nº de Recurso: **448/2019**

Nº de Resolución: **104/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 9, 16-11-2017, (proc. 462/2016),
SAP M 15509/2018,
STS 388/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 104/2022

Fecha de sentencia: 08/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 448/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 13

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 448/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 104/2022

Excmos. Sres.

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 8 de febrero de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 415/2018, de 21 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección n.º 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 462/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid, sobre declaración de nulidad de contrato por vicio en el consentimiento.

Es parte recurrente D. Juan Enrique y D.ª Apolonia, representados por la procuradora Dña. Águeda María Meseguer Guillén y bajo la dirección letrada de D. Ramón Lafuente Sánchez.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., sucesor del extinguido Banco Popular Español, S.A representada por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora Dña. Bárbara Egido Martín, en nombre y representación de D. Juan Enrique y D.ª Apolonia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español, S.A., en la que solicitaba que previos los trámites pertinentes se dictase sentencia que declarase:

"[...] 1º.- Con carácter principal, se declare la nulidad del contrato y del precontrato de suscripción del producto estructurado Autocall 4 años del BANCO POPULAR ESPAÑOL al que se refieren los DOCUMENTOS N° 32 y 33 (EL PRECONTRATO Y LA ORDEN DE VALORES), por la existencia de dolo o de error como vicio del consentimiento, con condena a la demandada a la devolución de la cantidad de 140.000 € a los demandantes; con pago de intereses (previa compensación con los recibidos), y restitución por parte de mis representados de los valores o de las acciones en los términos previstos en el cuerpo de este escrito de demanda;

"3º.- Subsidiariamente a las anteriores, que se declare la resolución del contrato del producto estructurado Autocall 4 años del BANCO POPULAR ESPAÑOL al que se refieren los DOCUMENTOS N.º 32 y 33 (EL PRECONTRATO Y LA ORDEN DE VALORES) por la existencia de incumplimiento sustancial de contrato por la demandada con condena a BANCO POPULAR ESPAÑOL a la devolución de la cantidad de 140.000 € a los demandantes; con pago de intereses moratorios (previa compensación con los recibidos), y restitución por parte de mis representados de los valores o de las acciones en los términos previstos en el cuerpo de este escrito de demanda;

"4º.- Subsidiariamente a las anteriores, que se declare que la entidad bancaria BANCO POPULAR ESPAÑOL ha cumplido defectuosamente las obligaciones contraídas por la celebración del contrato de suscripción del producto estructurado Autocall 4 años de BANCO POPULAR ESPAÑOL (LA ORDEN DE VALORES que obra como DOCUMENTO N° 33) y de apertura y mantenimiento de cuenta de valores, con el consiguiente incumplimiento del contrato, condenando a la entidad Bancaria BANCO POPULAR ESPAÑOL a la devolución de las cantidades perdidas de la inversión efectuada de 140.000 € en el producto Autocall 4 años por los demandantes a la fecha de ejecución de sentencia, y al pago de intereses moratorios en los términos interesados en el cuerpo de este escrito de demanda.

" 5º.- y, en todo caso, con expresa condena al pago de todas las costas causadas en este procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 25 de abril de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid, fue registrada con el n.º 462/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, en representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., contestó a la demanda, solicitando su íntegra desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid dictó sentencia n.º 274/2017, de 16 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por D. Juan Enrique y D.ª Apolonia representados por la procuradora D.ª Bárbara Egido Martín contra Banco Popular Español S.A., representado en autos por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez, debo declarar y declaro la anulabilidad de los contratos firmados por los actores y la demandada para la compra del producto Autocall 4 años, condenando a la demandada a abonar a los actores el capital inicial de 140.000 € más los intereses legales devengados desde la fecha de la suscripción de la orden de compra, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses brutos liquidados a favor de los actores por la demandada, con sus intereses, que se fijarán en ejecución de Sentencia y a los actores corresponde devolver a la entidad bancaria las acciones o títulos, con expresa imposición de costas a la demandada".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español, S.A. La representación de D. Juan Enrique y D.^a Apolonia impugnó el recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección n.º 13 de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 215/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 415/2018, de 21 de noviembre, cuyo fallo dispone:

"Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS, el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid con fecha dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete, de la que el presente Rollo dimana, debemos REVOCARLA en todos sus extremos declarando que es procedente la desestimación de la demanda formulada por D. Juan Enrique y D.^a Apolonia y absolver a la parte demandada Banco Popular Español S.A de las pretensiones de los actores, sin que en materia de costas de este recurso se haga especial pronunciamiento y con expresa imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte actora".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D.^a Bárbara Egido Martín, en representación de D.^a Apolonia y D. Juan Enrique, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO.- Vulneración del principio de congruencia. Infracción en la sentencia del art. 218 LEC y del art. 24 CE. La estimación de argumentos no esgrimidos en apelación sino de forma incorrecta por otro escrito de contestación a la oposición no pueden ser estimados, infracción de los arts. 456.1, 459 y 461.4 LEC. La no admisión de los argumentos acerca de la utilización instrumental de la filial popular banca privada y la asunción de obligaciones y responsabilidades por banco popular supone una vulneración del principio de congruencia y del derecho a hacer alegaciones complementarias y valorar la prueba con infracción de los arts. 400, 412.2, 426.1 Y 433.2 LEC.

"SEGUNDO.- Vulneración del art. 10 LEC en relación con el principio de fe pública registral del art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil y del art. 24 CE. existencia de legitimación pasiva de Banco de Santander como entidad sucesora de las extinguidas Popular Banca Privada, S.A. y Banco Popular Español, S.A., desaparición de la causa de la excepción de falta de legitimación pasiva. En cualquier caso vulneración del art. 10 LEC y del art. 24 CE, Banco Popular Español, s.a. actuó de forma coordinada con su filial popular banca privada para vender este producto inadecuado a mis representados".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero. Existencia de legitimación pasiva de Banco Santander, S.A. como sucesora de Banco Popular Español S.A. y de Popular Banca Privada en la demanda formulada por la existencia de error por vicio del consentimiento.

"Segundo. Existencia de legitimación pasiva de Banco Santander, S.A. Banco Popular Español, S.A. utilizó a su filial Popular Banca Privada para vender el producto financiero en cuestión con existencia de error vicio del consentimiento".

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 17 de marzo de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Banco Popular Español, S.A. 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 27 de enero de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:



(i) El 17 de abril de 2008, D. Juan Enrique y D.^a Apolonia suscribieron con la entidad Popular Banca Privada, S.A. un contrato por el que adquirirían el producto financiero denominado "Autocall-4-años", con fecha de inicio el 24 de abril del mismo año, y por un importe nominal de 140.000 euros. El producto era autocancelable semestralmente y con un plazo máximo de vigencia de cuatro años. En el contrato se establece como subyacentes las acciones del Banco Popular Español, S.A. y de Iberdrola S.A.

(ii) En la información aportada se indica en cuanto a la naturaleza y riesgos del producto que es un producto de renta variable y que el vencimiento y rentabilidad depende de la evolución futura del comportamiento de los valores subyacentes, y que el riesgo del producto consiste en que "a vencimiento, el inversor podrá recibir unidades de la acción subyacente con peor comportamiento, las cuales, si fueren vendidas en el mercado en ese momento, reportarían al inversor una cantidad inferior al importe nominal inicialmente invertido, pudiendo alcanzar, en supuestos extremos, la pérdida parcial o total del importe de la inversión".

(iii) Los actores eran antiguos clientes de la entidad demandada, y desde octubre de 2007 eran también clientes de Popular Banca Privada, S.A., con quien habían suscrito sendos contratos de intermediación, depósito y administración de valores.

(iv) Antes de iniciar la vía judicial, el actor efectuó reclamaciones que dirigió a Popular Banca Privada S.A., y obtuvo respuesta de esta entidad, así como de Banco Popular Servicio Jurídico de Atención al Cliente.

(v) Se aporta informe pericial por la parte actora que indica que el "Autocall 4 años":

"es un instrumento financiero complejo, un producto estructurado que combina dos instrumentos o contratos con el mismo producto: uno de depósito bancario con un rendimiento fijo y otro variable en función del comportamiento de la cotización de determinadas acciones cotizadas no pudiendo disponerse del capital en el periodo de vigencia del contrato y otro, una serie de opciones financieras sobre acciones subyacentes (Popular e Iberdrola).

"Es un instrumento derivado porque su valor se encuentra indexado a un activo subyacente consistente en una cuenta de valores, siendo una apuesta de futuro sobre el mayor o menor valor de una acción, que desequilibra el contrato en perjuicio del inversor y a favor del banco. Hay un riesgo de perderlo todo y es de carácter especulativo y es un producto diseñado de modo específico por Popular Banca Privada y por tanto no admitido a cotización en mercado organizado y sin posibilidad de vender el cliente cuando lo considere oportuno".

2.- D. Juan Enrique y D.^a Apolonia interpusieron una demanda contra Banco Popular Español, S.A. en ejercicio de las acciones de nulidad, anulabilidad y resolución contractual con exigencia de daños y perjuicios respecto del producto financiero "Autocall-4-años" que habían suscrito con la entidad Popular Banca Privada, S.A. el 17 de abril de 2008.

La demandada contestó oponiendo falta de legitimación pasiva porque el contrato se celebró con Popular Banca Privada, S.A. En cuanto al fondo negó la falta de información sobre la naturaleza del producto y sus riesgos.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos firmados para la compra del producto "Autocall 4 años", conforme al art. 1266 CC, y condenó a la demandada a abonar a los actores el capital inicial más los intereses legales devengados desde la suscripción de la orden de compra, minorando esa cantidad de la suma de los intereses brutos liquidados a favor de los actores, con sus intereses; debiendo los actores devolver a la entidad bancaria las acciones o títulos correspondientes. La sentencia rechaza la falta de legitimación pasiva con el siguiente razonamiento:

"no se niega que se suscribiera con Popular Banca Privada S.A. pero figuraba en la información y en las contestaciones posteriores a la reclamación extrajudicial el sello o el anagrama de Banco Popular Español S.A. como sociedad matriz".

A continuación, tras la valoración de la prueba, concluye que los demandantes eran clientes no expertos en materia financiera, y que no fueron debidamente informados sobre la naturaleza del producto y sus riesgos.

4.- Banco Popular Español apeló la sentencia de primera instancia y la Audiencia estimó el recurso al apreciar la falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria demandada. Tras valorar la prueba, concluye que ha quedado acreditado que los documentos contractuales relativos al Autocall fueron suscritos únicamente por la entidad Popular Banca Privada, S.A. (PBP) y por los Sres. Juan Enrique y Apolonia, y que el producto había sido comercializado por PBP. En concreto apoya esta conclusión en la siguiente prueba documental:

1º.- El Precontrato que obra como Documento nº 32 de la demanda, está suscrito por PBP, tal y como aparece tanto en su apartado inicial (identificación de las partes), como en su firma.



"2º.- El Contrato por el que se suscribe el Autocall (Documento 33 de la Demanda), en el que también aparece PBP en (i) el membrete, (ii) el apartado inicial de identificación, (iii) el cuerpo del documento, y (iv) su pie de firma. "3º.-La información precontractual facilitada a los demandantes en relación con la contratación, también hacía únicamente referencia a PBP.

" - La Hoja Informativa de las características del Autocall (Doc. 26 de la Demanda), contaba, tanto en su encabezado como en su pie de página, con el membrete de PBP. E igualmente, su "Aviso Legal" se refería en todo momento al documento elaborado por PBP. La única referencia contenida a BANCO POPULAR se encuentra en la referencia a los "subyacentes" del producto, y al mismo nivel que la referencia a IBERDROLA.

" - Ambos Contratos de Depósito y Administración de Valores (Docs. 27 y 28 de la Demanda) incluían el membrete de PBP, e indicaban, que el servicio en cuestión era "prestado por POPULAR BANCA PRIVADA S.A. (en adelante, P.B.P.)".

" - Como Documento nº 29 de la Demanda se acompañan varias tarjetas de visita de "diversos asesores" con los que trataron los actores para suscribir el Autocall. En todas las tarjetas consta el membrete de PBP.

" - En el test de conveniencia (Documento nº 36 de la Demanda) consta el membrete de PBP.

"4º.- En las comunicaciones intercambiadas por las partes con posterioridad a la contratación, también se constata que los actores conocían la entidad con que suscribían el producto como por ejemplo en el Documento nº 34 de la Demanda, el Sr. Juan Enrique remitió a PBP solicitud de que le enviara copia del contrato "que tengo suscrito con Uds.". La respuesta a dicha solicitud fue evacuada por PBP (Documento nº 35 de la Demanda). También en el Documento nº 37 de la Demanda, el Sr. Juan Enrique, en fecha 22 de marzo de 2012, dirigió solicitud de anulación del Autocall a PBP, indicando que "se me aconsejó y animó, por parte de Popular Banca Privada, a invertir más de 50% de mi patrimonio [...]". Finalmente los extractos acompañados a la demanda como Documentos nº 46 a 48, fueron expedidos por PBP".

A lo anterior la Audiencia añade que en la propia demanda se refleja que fue PBP la entidad con la que se suscribió el producto, y en su página 9 consta:

"Popular Banca Privada emitió una opinión positiva sobre la evolución de las acciones de las entidades que actuaban como subyacentes del producto Estructurado y recomendó la contratación del Producto Estructurado considerando que la caída en la cotización de las instituciones involucradas, su propia entidad matriz, Banco popular Español S.A. e Iberdrola S.A. constituían una oportunidad de inversión para sus clientes".

Finalmente, destaca el hecho de que el informe pericial aportado con la demanda también señala que el producto fue "comercializado por popular banca privada S.A. (C.I.F. A-83114082)"; y añade:

"En sus antecedentes (pág. 1) que "Popular Banca Privada S.A., con C.I.F. A83114082, les ofertó la suscripción de un producto financiero complejo" y finalmente en sus conclusiones (pág. 39), entre otras muchas cuestiones, que (i) "los Gestores de Popular Banca Privada, deberían haber sido conscientes de que estaban concentrando demasiados riesgos", que (ii) "el producto fue diseñado de manera específica por Popular Banca Privada", y que (iii) "Popular Banca Privada recomendó un producto complejo a un cliente minorista".

5.- Los Sres. Juan Enrique y Apolonia han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en dos motivos, y otro recurso de casación, fundado también en dos motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO .- *Formulación del primer motivo.*

1.- El motivo se introduce con el siguiente encabezamiento

"Vulneración del principio de congruencia. Infracción en la sentencia del art. 218 LEC y del art. 24 CE. La estimación de argumentos no esgrimidos en apelación sino de forma incorrecta por otro escrito de contestación a la oposición no pueden ser estimados, infracción de los arts. 456.1, 459 y 461.4 LEC. La no admisión de los argumentos acerca de la utilización instrumental de la filial popular banca privada y la asunción de obligaciones y responsabilidades por banco popular supone una vulneración del principio de congruencia y del derecho a hacer alegaciones complementarias y valorar la prueba con infracción de los arts. 400, 412.2, 426.1 y 433.2 LEC".

2.- En su desarrollo, primero, explica como antecedente que el juzgado de primera instancia cursó el escrito de oposición a la apelación como si se tratara de un escrito de impugnación de la sentencia, y Banco Popular presentó escrito de oposición a la impugnación, lo que dio lugar a la siguiente decisión de la Audiencia:



"Respecto al escrito presentado como "impugnación al recurso de apelación" es preciso considerar que se trata de un escrito de "oposición al recurso" atendiendo a su contenido, en el que no era necesario dar el trámite de contestación, y solamente se atenderán a las cuestiones que fueron planteadas en su día en la demanda y no las introducidas "ex novo", en cuanto a nuevos argumentos para justificar la legitimación pasiva de Banco Popular Español, S.A basados en dos argumentos relativos por un lado, en la "utilización instrumental de la filial POPULAR BANCA PRIVADA [...] para vender el producto a mis representados", y por otro, en la asunción por BANCO POPULAR "de las obligaciones y responsabilidades" derivadas de la suscripción de dicho producto litigioso".

Los recurrentes consideran que este planteamiento de la sentencia de apelación vulnera el principio de congruencia, en síntesis, por dos razones: en primer lugar, al estimar unos motivos esgrimidos por Banco Popular de forma extemporánea e incorrecta, ya que debieron incluirse en el recurso de apelación; y en segundo lugar, al no tenerse en cuenta lo alegado en la demanda, audiencia previa y juicio sobre la cuestión objeto de debate, esto es, la legitimación activa de Banco Popular por la utilización, como instrumento de la anterior, de Popular Banca Privada y la asunción de responsabilidades por el propio Banco Popular, no pudiendo ir contra sus propios actos (art. 7 CC).

TERCERO.- *Decisión de la sala. El principio de congruencia de las sentencias se proyecta sobre las pretensiones no sobre los argumentos. Desestimación.*

1.- Aun prescindiendo de la defectuosa técnica procesal del recurso al acumular en un solo motivo la denuncia de varias infracciones legales, con cita de preceptos heterogéneos entre sí, relativos a diversas cuestiones, procesales unos (arts. 218 LEC - sobre congruencia -, 456, 459 y 461 LEC - sobre el ámbito y la tramitación del recurso de apelación -), y sustantivos otros (art. 7 CC en relación con la doctrina de los actos propios), si nos ceñimos al motivo que se identifica en la primera frase del encabezamiento y a la que se refieren principalmente las alegaciones, el motivo no puede prosperar.

2.- Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

3.- Conforme a esta doctrina jurisprudencial, esta sala ha venido insistiendo en que la relación debe darse entre las pretensiones y el fallo, no necesariamente respecto de los argumentos empleados en la sentencia u otros extremos del debate, cuya preterición podría dar lugar a falta de motivación pero no a incongruencia (sentencias de 2 de marzo de 2000, 10 de abril de 2002, 11 de marzo de 2003, y 19 de junio de 2007), y que, como recuerdan las sentencias de 30 de enero de 2007 y 176/2010, de 25 de marzo (entre otras muchas) esta relación no tiene que ser absoluta, sino que, por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial.

A lo anterior se añade que, en términos generales, las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (por todas, sentencia 294/2012, de 18 de mayo de 2012).

4.- En su formulación el motivo no se ha ajustado a esta jurisprudencia al examinar la congruencia de la sentencia utilizando como término de comparación los argumentos y no las pretensiones. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El motivo se encabeza del siguiente modo:

"Vulneración del art. 10 LEC en relación con el principio de fe pública registral del art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil y del art. 24 CE. Existencia de legitimación pasiva de Banco de Santander como entidad sucesora de las extinguidas Popular Banca Privada, S.A. y Banco Popular Español, S.A., desaparición de la causa de la excepción de falta de legitimación pasiva. En cualquier caso vulneración del art. 10 LEC y del art.



24 CE, Banco Popular Español, S.A. actuó de forma coordinada con su filial popular banca privada para vender este producto inadecuado a mis representados".

2.- Al desarrollar el motivo los recurrentes aducen que han tenido conocimiento de lo siguiente:

"BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., entidad resuelta y comprada por BANCO DE SANTANDER, S.A., se fusionó por absorción con las mercantiles POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. y BANCO PASTOR, S.A. con extinción de estas últimas. Hecho publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil nº 189 de 1 de octubre de 2018 en el apartado correspondiente a Madrid (página 42416, apuntes 394666 y 394667). Con fecha 20 de septiembre de 2018 el Notario del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid D. Gonzalo Sauca Polanco autorizó la escritura pública de fusión por absorción de la sociedad Banco Santander -como entidad absorbente- y Banco Popular -como entidad absorbida-, bajo el número 6.071 de su protocolo, con inscripción de la misma en el Boletín Oficial del Registro Mercantil nº 192 de 4 de octubre de 2018 en el apartado correspondiente a Cantabria (página 43000, apunte 399028), así como la publicación de la cancelación de asientos y cierre de la hoja registral de Banco Popular español, S.A. en el Boletín Oficial del Registro Mercantil nº 209 de 30 de octubre de 2018 en el apartado correspondiente a Madrid (página 46570, apunte 433449)".

Alegan que estos hechos provocan como efecto la desaparición de la causa para argumentar la falta de legitimación pasiva por voluntad de la propia demandada con anterioridad al dictado de la sentencia de 21 de noviembre de 2018, de forma que "antes de dictarse sentencia en segunda instancia (con pleno conocimiento de las cuestiones sometidas a debate judicial) BANCO POPULAR ESPAÑOL absorbe a POPULAR BANCA PRIVADA asumiendo todos sus derechos y obligaciones con desaparición de POPULAR BANCA PRIVADA. Y, posteriormente, BANCO POPULAR ESPAÑOL desaparece y sus derechos y obligaciones (incluyendo los de POPULAR BANCA PRIVADA) los asume por voluntad propia el BANCO DE SANTANDER".

Finalmente, los recurrentes reiteran en el marco de este motivo las alegaciones ya vertidas con ocasión del desarrollo del motivo anterior, y que aflorarán nuevamente en el contexto del recurso de casación, sobre la indefensión que se les habría ocasionado al no valorar la Audiencia sus argumentos sobre su condición de clientes de "toda la vida" de Banco Popular, la utilización instrumental de Popular Banca Privada y la asunción por aquél de las obligaciones propias de éste.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Legitimación pasiva de Banco Popular Español y de Banco de Santander.*

1.- A la legitimación se refiere el art. 10 LEC, que bajo la rúbrica "condición de parte procesal legítima", dispone, en su párrafo primero, que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". La relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes están legitimados, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo. Lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación activa habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el "suplico" de la misma, en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión.

2.- La sentencia de esta sala núm. 276/2011, de 13 abril, declaró que legitimación activa "se visualiza en una perspectiva de relación objetiva, entre el sujeto que demanda y el objeto del proceso; más concretamente entre el derecho o situación jurídica en que se fundamenta la pretensión y el efecto jurídico pretendido. En su versión ordinaria se estructura en la afirmación de la titularidad de un derecho o situación jurídica coherente con el resultado jurídico pretendido en el "petitum" de la demanda. La realidad o existencia del derecho o situación jurídica afirmada no forma parte de la legitimación, sino de la cuestión de fondo, respecto de la que aquélla es de examen previo. En igual sentido cabe citar, entre otras, las sentencias de esta Sala de 28 febrero 2002, 21 abril 2004, 7 noviembre 2005, 20 febrero y 24 noviembre 2006".

Recientemente la sentencia del Pleno de esta Sala Primera ha reiterado esta doctrina en la sentencia 1/2021, de 13 de enero.

3.- En el caso suscribieron el contrato litigioso de adquisición del producto financiero, por un lado, los demandantes, y, por otro, Popular Banca Privada, S.A. Estas mismas partes había suscrito previamente sendos contratos de intermediación, depósito y administración de valores. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, y supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas.

4.- Por otra parte, esta sala ha declarado reiteradamente (SSTS 11 de noviembre de 2011, RC 905/2009, 21 de noviembre de 2013, RC 1951/2011, y 401/2015, de 14 de julio), que la falta de legitimación no es únicamente una cuestión procesal susceptible de examen por vía de recurso extraordinario por infracción procesal sino que, como cuestión de fondo, también es examinable en casación:



"esta Sala, dado el carácter de la legitimación y su relación con el fondo del asunto, ha admitido que las cuestiones que a ella se refieren puedan suscitarse bien por vía del recurso por infracción procesal o bien por la vía del de casación a efectos de prestar, en definitiva, la mayor tutela judicial ante una cuestión que no ha quedado resuelta definitivamente por vía legislativa".

5.- En este caso, la existencia de legitimación pasiva de la demandada, que la Audiencia ha negado, ha sido alegada por los recurrentes por la doble vía del recurso extraordinario de infracción procesal y por el cauce del recurso de casación. En el ámbito del motivo que ahora examinamos la denuncia incluye la eventual contravención de una norma sustantiva (art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil) y se formulan alegaciones que van más allá de lo puramente procesal, como es la utilización instrumental de una sociedad (Popular Banca Privada, S.A.) por otra (Banco Popular Español, S.A.) y la asunción por ésta de las obligaciones a cargo de la primera nacidas del contrato impugnado. Por ello, en el presente caso, al igual que en otros precedentes, resulta procedente desestimar el motivo y diferir el examen de la referida cuestión al recurso de casación, pues la controversia, al estar condicionada por estas últimas alegaciones, es una cuestión jurídica directamente relacionada con la cuestión de fondo (SSTS de 12 de marzo de 2012, rc 1203/2008, 15 de octubre de 2013, rc 1268/2011, 17 de abril de 2015, rc 611/2013, y 401/2015, de 14 de julio).

Recurso de casación

SEXTO.- *Formulación del primer motivo.*

1.- El motivo denuncia la infracción de las siguientes normas:

" arts. 1255 y 1257 CC, del art. 9 RRM, del Artículo 79 LMV en la redacción anterior a la Ley de 19 de diciembre de 2007, de los Arts. 11 y 12 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, del Art. 19 Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. (Diario Oficial Comunidades Europeas 145/2004, de 30 de abril de 2004. C.e. Diario Oficial de la Unión Europea 45, de 16 de febrero de 2005). En cuanto a **NORMAS DE CONDUCTA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INVERSIÓN A CLIENTES**, incluyendo la información de productos, diferenciando entre complejos y no complejos. Infracción del Art. 16 y Anexo (arts. 2, 4, 5 y 7 de dicho Anexo) del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Dicho Real Decreto es aplicable al caso aunque fue derogado por el R.D. 217/2008, de 15 de febrero, del Art. 9 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 que desarrollaba el R.D. 629/1993, sobre las características de la información que se debía dar a los clientes, de los Arts. 1265 y 1266 CC sobre la nulidad de los contratos por la existencia de error vicio del consentimiento y del Art. 1101 CC sobre el deber de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento de obligaciones de información".

2.- En su desarrollo se cita como vulnerada la doctrina de la sentencia de esta sala 667/2018, de 23 de noviembre, y se aduce que Banco de Santander es sucesora por voluntad propia de los derechos y obligaciones de Banco Popular Español y de Popular Banca Privada, lo que provoca que haya desaparecido la posible falta de legitimación pasiva de aquélla. Hechos que debió haber tenido en cuenta la Audiencia dado que se publicaron en el Boletín Oficial del Registro Mercantil antes del haberse dictado la sentencia.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. Inadmisibilidad por incumplimiento de los requisitos mínimos para su formulación.*

1.- El motivo tal y como ha sido formulado resulta inadmisibles. Según hemos declarado, por ejemplo, en las sentencias 108/2017, de 17 de febrero y 91/2018, de 19 de febrero, el recurso de casación, conforme al art 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica sustantiva aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de litigio. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. Como afirmamos en la sentencia 399/2017, de 27 de junio:

"Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara".

2.- Este tribunal ha afirmado, de modo reiterado, que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, exigidas en el 477.1 LEC, requieren una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia o el principio general del Derecho



infringidos. Es necesario que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo, en la que se mezclen diversas cuestiones.

Como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 128/2020, de 26 de febrero):

"no es posible transformar la casación en una tercera instancia. El recurso de casación, como recurso extraordinario, se halla sometido a ciertas exigencias de rigor que se traducen, entre otras cuestiones, en la imposibilidad de acumular argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado".

En el recurso, más allá de una copia literal de los fundamentos de derecho de una sentencia de esta sala, no se explica cómo, por qué y en qué se produce la infracción de las numerosas normas legales que cita, y cuya vulneración denuncia *in totum*.

3.- En todo caso, conviene advertir que el art. 413.1 LEC parte de una regla general:

"No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción".

Esa regla general, basada en el criterio de la "*perpetuatio legitimationis*", tiene una excepción que se limita a los casos en que "la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa". El supuesto de la litis no es subsumible en esta excepción, por lo que resulta de aplicación la regla general citada. El momento procesalmente relevante a los efectos de valorar la legitimación pasiva es el de la constitución de la litispendencia mediante la presentación de la demanda, si después es admitida (art. 410 LEC), y no la del dictado de la sentencia en la instancia, sin perjuicio de los supuestos legalmente admitidos de sucesión procesal.

Como dijimos en la sentencia 450/2014, de 4 de septiembre:

"La litispendencia que se produce con la interposición de la demanda, siempre que la misma sea ulteriormente admitida (art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ocasiona el efecto de la "*perpetuatio legitimationis*" [perpetuación de la legitimación]. En virtud de este efecto, como dispone el artículo 413.1 LEC, no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que con posterioridad a este momento "introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción". Afirma en este sentido la sentencia de esta sala núm. 473/2010, de 15 de julio: "El principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC, no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal".

La consecuencia de lo expuesto es que el tratamiento que la sentencia debe dar al presupuesto de la legitimación ha de ser el que le correspondía en el momento en que se originó la litispendencia, pues quienes estaban legitimados en ese momento mantienen esa legitimación, salvo los casos de sucesión procesal autorizados por resolución judicial. Así lo ha declarado esta sala en sentencias como las núm. 1122/1992, de 14 de diciembre, 724/2011, de 24 de octubre, y 450/2014, de 4 de septiembre, entre otras.

4.- La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

OCTAVO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El motivo denuncia la infracción de los arts. 7 CC, 10 LEC, 1255 y 1257 CC, y de la jurisprudencia contenida en la sentencia del pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero.

2.- En el desarrollo de su fundamentación se aducen, en esencia, dos argumentos:



1.º La utilización instrumental de la filial Popular Banca Privada, S.A. por parte de la matriz del Grupo Banco Popular para vender el producto financiero litigioso; argumento que razonan así:

"BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A. (hoy BANCO DE SANTANDER, S.A.) remite a unos antiguos clientes suyos, jubilados, ella enferma y plenamente confiados, a su Banca Privada para que en octubre de 2007 firmen un contrato de intermediación y depósito de valores con POPULAR BANCA PRIVADA, S.A., parte del GRUPO BANCO POPULAR, para supuestamente asesorar mejor a los clientes. POPULAR BANCA PRIVADA, 6 meses más tarde, acaba recomendando y vendiendo un producto de extremo riesgo, emitido por el propio POPULAR BANCA PRIVADA, del que no puede salirse durante la vida del mismo (4 años) y en el que la pérdida del cliente es ganancia del banco, referente a unas acciones del propio banco matriz BANCO POPULAR. Y todo ello en un ambiente (abril de 2008) de plena crisis financiera, desconocida por el profano hasta septiembre de 2008 con la quiebra de Lehmann Brothers pero conocida por las entidades de crédito, y con las acciones del BANCO POPULAR DE ESPAÑA bajando continuamente desde un año antes. Y como no podía ser menos, sin cumplir con las exigencias de protección al cliente previstas en la LMV, EN ESPECIAL LOS ARTS. 79 Y 79 BIS, tras la reforma de 19 de diciembre de 2007 y en el R.D. de 15 de febrero de 2008, ambas normas en vigor en abril de 2008. Esto es una utilización instrumental por parte de la matriz de las filiales del grupo BANCO POPULAR para captar capitales en beneficio del grupo empresarial y en contra de los intereses del cliente. Es por ello que entendemos, como entiende la sentencia de instancia, que existe legitimación pasiva de BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A."

2.º Se ha producido una asunción por parte de Banco Popular de España, S.A. de las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato litigioso, por lo que al negar su legitimación pasiva se habría incurrido en una vulneración del art. 7 CC y de la doctrina de los actos propios. Al desarrollar este argumento aduce que: (i) los demandantes contrataron el producto en abril de 2008 "creyendo que tenían una suerte de depósito, un plazo fijo, y que llegado el vencimiento recuperarían el capital, con o sin abono de intereses"; (ii) "cuando iba a llegar el vencimiento del plazo los "asesores" del BANCO POPULAR, o de POPULAR BANCA PRIVADA si se quiere, empezaron a advertir que iba a tener cuantiosas pérdidas"; (iii) ante ese anuncio de pérdidas, D. Juan Enrique busca información y dirige una "petición de documentación a POPULAR BANCA PRIVADA, S.A." (doc nº 34 de la demanda); (iv) Popular Banca Privada respondió a esa petición enviando la documentación solicitada (doc nº 35 de la demanda); (v) a la vista de esta documentación, D. Juan Enrique encargó la redacción de una carta de reclamación dirigida a: "POPULAR BANCA PRIVADA ATENCIÓN AL CLIENTE en la calle Velázquez 34" (doc nº 37 de la demanda); (vi) la respuesta a esa carta no la da POPULAR BANCA PRIVADA, sino BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A., la matriz del grupo; en su respuesta justifica la venta realizada en relación con el supuesto perfil de mis representados y lo firmado (doc nº 38 de la demanda), y responde: "No resulta factible, en consecuencia, atender su petición de devolución del nominal de la inversión realizada..."; (vii) más tarde, en marzo de 2016, D. Juan Enrique dirigió sendas reclamaciones a POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. y a BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A. (doc nº 41 y 42 de la demanda); y (viii) La respuesta vuelve a darla la matriz del GRUPO BANCO POPULAR, BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A. (doc nº 43 y 44 de la demanda).

De estos hechos infieren los recurrentes que, al ser BANCO POPULAR DE ESPAÑA, S.A. quien da respuesta en las dos ocasiones señaladas a la reclamación, quien vuelve a analizar las circunstancias de la contratación y del cumplimiento de las exigencias de protección de los clientes bancarios y quien decide no devolver el dinero, con dicha actuación asumió como propia la responsabilidad de lo ocurrido en el proceso de comercialización del producto estructurado vendido a los demandantes por la filial POPULAR BANCA PRIVADA.

Y finalmente concluyen que "la responsabilidad y las obligaciones las asume BANCO POPULAR porque así lo ha decidido la propia matriz del GRUPO BANCO POPULAR sin que ahora pueda ir contra sus propios actos. Ya que ello iría en contra del ejercicio de los derechos con arreglo a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC)".

NOVENO.- *Decisión de la sala. El principio de relatividad de los contratos y la doctrina sobre el ejercicio de los derechos con arreglo a las exigencias de la buena fe y la doctrina de los actos propios.*

1.- Los demandantes ejercitaron acciones de nulidad, anulabilidad y resolución del contrato de adquisición del producto financiero "Autocall 4 años" y de responsabilidad por incumplimiento contractual. La Audiencia estimó la falta de legitimación pasiva de Banco Popular Español, S.A. Razonó que, dado que dicha entidad no fue parte en el contrato de compraventa del producto, no está legitimada pasivamente en un litigio en que los compradores ejercitan acciones relacionadas con la invalidez del contrato o con su incumplimiento.

2.- *El principio de la relatividad de los contratos y sus excepciones.*

2.1. Los demandantes, y ahora recurrentes, citan como infringidos, además de los arts. 7 y 1255 CC y 10 LEC, el art. 1257 CC. El primer inciso de este precepto establece que "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos". Es lo que se ha venido en llamar el principio de relatividad de los contratos: para los terceros, el contrato es *res inter alios acta* [cosa realizada entre otros] y, en consecuencia,



ni les beneficia (*nec prodest*) ni les perjudica (*nec nocet*). Nadie puede ser obligado por un contrato en que no ha intervenido y prestado su consentimiento, ni sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento en el que no ha tenido intervención.

2.2. Esta consideración de los contratos como unidades absolutamente independientes entre sí, que no producen efectos respecto de quienes no han intervenido en su otorgamiento, no generaba especiales problemas cuando se promulgó el Código Civil. La sociedad española de aquel momento era una sociedad agrícola y artesanal. Los procesos económicos eran bastante simples y quienes intervenían en ellos tenían, por lo general, una situación independiente respecto del resto de intervinientes. Sin embargo, como advertimos en la sentencia del pleno 167/2020, de 11 de marzo, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando, y se generalizó la producción en masa, esta concepción de los contratos como entidades completamente independientes, sin efecto alguno frente a terceros, entró en crisis, en especial cuando se aplicaba a algunas relaciones económicas. Del encargo se pasó a la puesta en el mercado de forma masiva, eliminándose el carácter individualizado del objeto adquirido y cobrando relevancia la adecuación del mismo a la descripción genérica con la que se puso en el mercado y se publicitó.

2.3. Así ocurrió en la construcción y venta masiva de inmuebles, donde se pusieron de relieve las insuficiencias de la regulación del contrato de obra por ajuste o precio alzado y del principio de relatividad del contrato. Ello llevó al Tribunal Supremo a excepcionar este principio y atender a la conexión existente entre el contrato de obra celebrado entre el promotor y el contratista y/o el arquitecto, y el posterior contrato de compraventa del inmueble celebrado entre el promotor y un tercero, de modo que extendió al comprador la legitimación para ejercitar la acción que el promotor tenía contra el contratista o el arquitecto con base en el art. 1591 del Código Civil.

Esta excepción al principio de relatividad de los contratos atendió, entre otros factores, a la unidad del fenómeno económico de construcción y venta de viviendas y la correspondencia entre el daño sufrido por el acreedor en el segundo contrato (el comprador de la vivienda) y la violación de las obligaciones de los deudores (contratista o arquitecto) en el primer contrato, el de obra.

2.4. Y esta misma excepción al principio de la relatividad de los contratos fue aplicada por la sala en la citada sentencia 167/2020, de 11 de marzo (luego reiterada por la sentencia 561/2021, de 23 de julio) a la contratación en el sector del automóvil que presenta también particularidades que justifican limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, dados los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil, y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación.

Entre esas particularidades se incluía, como una más, el hecho de que "con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante, como ocurre actualmente en las redes de distribuidores de automóviles". Sobre esta base se alcanzó la inferencia de que en los casos en que el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final con el concesionario se debió a que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribución un vehículo que no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el mismo fabricante, éste no puede ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato.

2.5. Aunque la cita del art. 1257 CC en el contexto de la fundamentación del motivo parece entroncar con los fundamentos de las excepciones señaladas que ha admitido la jurisprudencia al citado principio de la relatividad de los contratos, lo cierto es que los propios recurrentes admiten en su recurso que "una sociedad matriz, por el solo hecho de serlo, no asume las responsabilidades derivadas de la actuación o contratación realizadas por una de las sociedades del grupo". Planteamiento que es conforme a la jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 673/2021, de 5 de octubre), según la cual la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013, 326/2012, de 30 de mayo, 628/2013, de 28 de octubre, y 47/2018, de 30 de enero).

2.6. También debe rechazarse la alegación sobre la utilización meramente instrumental y abusiva por parte de Banco Popular Español, S.A. de su filial Popular Banca Privada, S.A. Según afirmó la Audiencia, tanto el precontrato como el contrato de adquisición del "Autocall 4 años" fue suscrito por PBP; la información precontractual también fue facilitada exclusivamente por PBP; en la hoja informativa de las características del Autocall figura igualmente, tanto en su encabezamiento como en su pie de página, el membrete PBP; la



única referencia al Banco Popular lo es en relación con las acciones subyacentes (junto con las de Iberdrola); asimismo fue PBP quien suscribió con los demandantes los contratos de depósito y administración de valores, en los que se indicaba que sería PBP quien prestaría esos servicios.

También aprecia la Audiencia que de las comunicaciones intercambiadas por las partes con posterioridad a la celebración del contrato se desprende que los demandantes conocían que la entidad con la que habían contratado era PBP, destacando la carta de 22 de marzo de 2012 en la que el Sr. Juan Enrique solicitaba la anulación del Autocall a PBP, indicando que "se me aconsejó y animó, por parte de Popular Banca Privada, a invertir más de 50% de mi patrimonio [...]".

Finalmente también destaca la Audiencia que: (i) con la demanda se acompañaron varias tarjetas de visita de "diversos asesores" con los que trataron los actores previamente a la suscripción del Autocall, en las que consta el membrete PBP; (ii) en la propia demanda rectora de este procedimiento consta la referencia expresa a la intervención en el contratación de PBP, que recomendó el producto; y (iii) en el informe pericial aportado con la demanda también se señala que el producto fue diseñado y comercializado por PBP.

2.7. Si los demandantes, además de serlo de Banco Popular, eran clientes de PBP (a través de un específico contrato de depósito y administración de valores y la contratación de otros productos financieros), si PBP actuaba a través de una sucursal distinta de las propias de Banco Popular, y si el producto litigioso fue diseñado por PBP, y fue esta misma entidad la que, a través de empleados propios, lo comercializó, lo recomendó y lo contrató con los demandantes, no cabe concluir que la intervención en el contrato litigioso de PBP fuese meramente instrumental o aparente. No cabe apreciar en esas circunstancias abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, que sirva para burlar los derechos de los demás (sentencias 74/2016, de 18 de febrero, y 673/2021, de 5 de octubre).

El supuesto de hecho de la litis, a la vista de las circunstancias reseñadas, se aleja del que fue objeto de resolución en la sentencia de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, citada como infringida en el motivo, en la que se descartó que la intervención de Banco de Santander fuese meramente de mediación o accesoria, pues el producto litigioso en aquel caso fue "diseñado por Banco de Santander, comercializado en su red de oficinas por empleados del Banco de Santander, promocionado mediante una presentación con el membrete de Banco de Santander [...]", esquema negocial que no es concomitante con el del caso de enjuiciamos.

3.- El ejercicio de los derechos con arreglo a las exigencias de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

3.1. Resta por examinar el segundo de los argumentos desarrollados en el motivo consistente en que Banco Popular habría asumido voluntariamente las obligaciones y responsabilidades de PBP, asunción que deduce del hecho de haber contestado a dos reclamaciones de los demandantes, en las que analiza las circunstancias de la contratación y decide no devolver el dinero, y que negar ahora su legitimación pasiva supondría ir en contra de sus propios actos, lo que conllevaría una vulneración al art. 7.1 CC que impone cumplir las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

3.2. La doctrina de los actos propios constituye un principio general del derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*) como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad (sentencias de 9 mayo 2000 y 21 mayo 2001). La sentencia de 19 febrero 2010, reiterada por la núm. 335/2013, de 7 de mayo, sintetiza esta doctrina en estos términos:

"El principio de los actos propios implica una actuación "con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción..." así se expresan las sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001. Y añade la de 22 de octubre de 2002 que "la doctrina que veda ir contra los propios actos se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica". A su vez, precisan las de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006 que "no ejerce su influencia en el área del negocio jurídico, sino que tiene sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe". "Significa, en definitiva - concluye la sentencia de 2 de octubre de 2007 - que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real".

La sentencia 529/2011, de 1 de julio, insiste en la necesidad de una aplicación prudente de esta doctrina y limitada a casos de actos concluyentes e indubitados:

"Entra este motivo en la doctrina de los actos propios, que tanta jurisprudencia ha provocado y cuya aplicación, en orden a la creación de un derecho o a la producción de una vinculación jurídica, debe ser muy segura y ciertamente cautelosa. "Actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, dice la sentencia de 19 de mayo 1998, "aquéllos cuya realización vaya encaminada a crear, modificar o extinguir algún



derecho... y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco" añade la de 3 de febrero de 1999, "precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica", expresan las de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001, "actos idóneos para relevar una vinculación jurídica" precisa la de 22 de octubre de 2002; "no ejerce influencia en el área del negocio jurídico... exige que los actos de una persona que pueden tener relevancia en el campo jurídico marcan los realizados en un devenir, lo que significa que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por los mismos y que rompe el principio de buena fe determinado en el artículo 7.1 del Código civil" dicen las sentencias de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006. Cuya doctrina, con parecidas palabras, se reitera en las sentencias de 17 de 2006 que recoge una extensa cita de sentencias anteriores, de 2 de octubre de 2007 que "el acto sea concluyente e indubitado", de 31 de octubre de 2007: "actos inequívocos y definitivos" y 19 de febrero de 2010".

3.3. En la reciente sentencia de esta sala 320/2020, de 18 de junio, hemos insistido también en la vinculación de esta doctrina con el principio de confianza legítima:

"La doctrina de los actos propios tiene su último 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 (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 547/2012, de 25 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, RC n.º 1433/2006, 7 de diciembre de 2010, RC n.º 258/2007). Como afirmamos en la sentencia de 25 de febrero de 2013, [...], dicha doctrina "significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real".

3.4. A la luz de esta jurisprudencia, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios al presente caso. La relación de hechos probados en la instancia no permite inferir que en el caso concurren los requisitos y circunstancias suficientes para calificar la conducta de Banco Popular como concluyente e indubitada en orden a asumir de modo voluntario las responsabilidades y obligaciones derivadas del contrato suscrito por los demandantes con PBP.

Los recurrentes apoyan su tesis en las dos cartas que le fueron remitidas en contestación a sus reclamaciones con fechas 23 de mayo de 2012 y 16 de marzo de 2016, respectivamente. La primera procede del "Servicio de Atención al Cliente" de Banco Popular. En ella se rechaza la reclamación de devolución de nominal de la inversión más los intereses legales porque en la documentación firmada para la contratación del producto (precontrato y contrato) figuraba la advertencia sobre los riesgos de la operación ("El riesgo para el cliente consiste en que, al vencimiento, podría recibir unidades de valor con peor comportamiento cuyo precio sea inferior al importe de la inversión, pudiendo llegar, incluso, a tener valor cero"), a cambio de la expectativa de una rentabilidad especialmente elevada. La segunda reclamación se envió tanto a Banco Popular como a Popular Banca Privada, y obtuvo respuesta en ambos casos en el mismo sentido de rechazar la reclamación. Las dos cartas de Banco Popular no pueden interpretarse como una manifestación de asunción voluntaria o como una suerte de subrogación o novación subjetiva en el contrato suscrito por PBP, o de sustitución de ésta en sus responsabilidades contractuales "con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica", como exige la jurisprudencia. Al contrario, lo que expresan esas cartas es una negativa de los hechos de los que se desprendería esa responsabilidad, sin que la circunstancia de que determinados servicios a los clientes puedan estar centralizados en la matriz de un grupo empresarial (como el servicio de atención al cliente) o la utilización en las comunicaciones de anagramas o membretes propios del grupo o de su matriz pueda fungir la personalidad de cada una de las sociedades que lo componen, ni la titularidad de sus respectivas relaciones jurídicas. A los efectos de este enjuiciamiento resulta relevante que el contenido de las expresadas cartas, lo que revela y exterioriza es un claro disentimiento o disconformidad con aquella reclamación de los demandantes, disconformidad que ahora mantiene en sede judicial, lo que resulta incompatible con la doctrina de los actos propios.

3.5. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO .- *Costas y depósitos*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.



2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Apolonia y D. Juan Enrique contra la sentencia n.º 415/2018, de 21 de noviembre, dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 215/2018.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ