

Rollo nº 000' /2019

Sección Séptima

**SENTENCIA N°341**

**SECCIÓN SÉPTIMA**

**Ilustrísima Señora Magistrada Ponente  
Dª Mª CARMEN ESCRIG ORENGA**

En la Ciudad de Valencia, a nueve de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos, por la Ilma. Sra. Dª Mª CARMEN ESCRIG ORENGA, Magistrada de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Verbal [VRB] - 000' /2018, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE TORRENT, entre partes; de una como demandante - apelante/s

dirigido por el/la letrado/a D/Dª. ELIA HITTA BALLESTER y ELIA HITTA BALLESTER y representado por el/la Procurador/a D/Dª JORGE VICO SANZ y JORGE VICO SANZ, y de otra como demandado - apelado/s BANCO SANTANDER SA, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. DORU BOGDAN MARTÍN BABTAN y representado por el/la Procurador/a D/Dª PAULA CARMEN CALABUIG VILLALBA.

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.-**En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE TORRENT, con fecha ... 2018, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Desestimar la demanda interpuesta por Dª

contra BANCO SANTANDER. S.A. absolviendo a la misma de las pretensiones formuladas en su contra. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora".

**SEGUNDO.-**Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandante/apelante se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 2-9-2019 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

**TERCERO.-**En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO.-**La representación procesal de doña ... formuló demanda de juicio verbal contra Banco Popular del Grupo Santander en ejercicio de las siguientes acciones, por el siguiente orden y de forma subsidiaria:

- 1.- Acción de Nulidad del artículo 6.3 del Código Civil.
- 2.- Acción de Indemnización de daños y perjuicios causados al amparo del artículo 1101 del Código Civil en virtud del Artículo 38.3 del Reglamento de la Ley de Mercado de Valores.
- 3.- Acción de indemnización de daños y perjuicios causados al amparo del artículo 1101 del Código Civil en virtud del artículo 24 del Reglamento de la ley de Mercado de Valores.

Sustenta su pretensión, en síntesis, en que los actores son consumidores y clientes minoristas. En el año 2016, basándose en los datos de solvencia del Banco, decidieron comprar acciones del mismo el día 4 de noviembre de 2016, concretamente 6.500 acciones, a 0,92 la acción, por un importe total de 5.980.-€. La información hecha pública a través del folleto de ampliación o nota de valores, los boletines de accionistas, las cartas enviadas por el Banco Popular, el informe financiero semestral 2016, entre otros documentos, era incorrecta e insuficiente. Prueba de ello es que prácticamente un año después de la ampliación de capital, y sin que hubiese ocurrido ningún acontecimiento extraordinario en la economía española o mundial, el Banco Popular pasó de presentarse como una entidad financiera solvente a encontrarse en quiebra. Banco Popular creó una apariencia de solvencia frente al público en general, publicitándose como una de las entidades más solventes de España e incluso de Europa cuando no era verdad

Los demandantes han sufrido unos perjuicios de 5.980.-€, no por las oscilaciones propias del mercado, sino por la errónea información dada por el Banco Popular creando la apariencia de empresa solvente cuando estaba en

situación de quiebra técnica. El contenido del folleto informativo para la ampliación de capital era inexacto y no real. Pues se hablaba de que aún que se produjesen los peores escenarios posibles las pérdidas quedarían cubiertas por la ampliación.

La representación procesal de Banco Santander como sucesora de Banco Popular Español SA se opuso a la pretensión actora alegando que:

La parta actora adquirió las acciones en el mercado secundario, con la intervención de Cajamar, en noviembre de 2016 por tanto:

1.- No puede hablarse de nulidad radical por infracción de normas imperativas dado que el incumplimiento de las obligaciones de la Ley del Mercado de Valores y otras normas no dan lugar a una nulidad radical.

2.- La acción de indemnización por inexactitud en el folleto y en los informes periódicos ex arts 38 y 124 de la LMV no procede porque se adquirieron en el mercado secundario.

No cabe reclamar nada contra Banco Santander porque la información financiera de Banco Popular reflejaba la imagen fiel de la entidad. Era una información fidedigna, recibiendo el visto bueno del Auditor y de la CNMV tras un riguroso proceso de fiscalización. Si bien los riesgos a los que se aludía en la información se materializaron y sucedieron otros hechos novedosos que lastraron la situación de la entidad y todo ello, unido a una fuga masiva de depósitos que arrastró a la entidad a la resolución que le impuso la JUR. Se informaba de los riesgos. Se explicaba el deterioro progresivo desde 2013.

La sentencia de instancia desestima la demanda.

Contra dicha resolución se alza la parte actora invocando diversos motivos que pasamos a examinar.

**SEGUNDO.**-En la resolución del presente recurso de apelación hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, conforme al cual <<La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.>>

El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de febrero de 2009, dictada en el recurso de Casación 794/2003, Pte. Marín Castan, Francisco, Cendoj: STS 255/2009, nos dice:

<<Esto es así porque, como en infinidad de ocasiones han declarado esta

Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante>>

En fechas más recientes, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 14 de junio de 2011, (ROJ: STS 4255/2011), Sentencia: 392/2011, Recurso: 699/2008, Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBO, nos dice: <<También conviene dejar constancia expresa de que el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación", lo que ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que, como indica el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada", afirmándose en la sentencia 798/2010, de 10 diciembre, que el recurso de apelación se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como una revisio prioris instantiae o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda el control de lo actuado en la primera con plenitud de cognición "tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris [cuestión jurídica]), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso".

22. Esta revisión comprende la valoración de la prueba por el tribunal de apelación con las mismas competencias que el tribunal de la primera instancia, sin que quede limitada al control de racionalidad que opera en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Audiencia Provincial en modo alguno se excedió al valorar la prueba testifical de forma diferente a la de la sentencia del Juzgado.>>

**TERCERO.**- Como primer motivo de su recurso la parte actora invoca el error en la valoración de la prueba por ser ilógica y arbitraria y adolecer de incongruencia interna. La sentencia valora erróneamente las periciales unidas a autos. La imagen de solvencia y fortaleza que la entidad hizo pública no respondía a la realidad. Igualmente se ha valorado erróneamente la prueba documental.

El Banco Popular, antes de su quiebra ya había detectado un agujero de

5.500.-millones de Euros proveniente de los defectos en la valoración de sus activos, ajena por tanto a la fuga de capitales o la crisis de liquidez.

**En segundo lugar**, alega la indebida aplicación de las normas sobre la carga de la prueba pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha manifestado que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal.

**En tercer lugar** alega que la sentencia de instancia incurre en infracción por inaplicación o aplicación indebida de la normativa legal y la jurisprudencia aplicable al caso.

Precisa, que lo realmente relevante es si el Banco Popular proporcionó una imagen fiel del emisor.

**La parte apelada** solicita la confirmación de la sentencia de instancia invocando, en primer lugar, que no es posible exigir responsabilidad al emisor al tratarse de una compra realizada en el mercado secundario, meses después de la ampliación, y cuando ya eran notorias las dificultades del Banco Popular.

En segundo lugar, porque no existe ningún tipo de error en la valoración de la prueba. Ha quedado probado que la información no contenía inexactitudes.

**CUARTO:** He de iniciar el estudio del presente recurso, determinando la acción que los demandantes pueden ejercitar, atendiendo a que compraron las acciones el 4 de noviembre de 2016, a través de Caja Mar, en el mercado secundario.

En este punto hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de junio de 2019, Roj: STS 2025/2019, ECLI:ES:TS:2019:2025, Nº de Recurso: 1000/2017, Nº de Resolución: 371/2019, Fecha de Resolución: 27/06/2019, Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES. En la misma se indica:

<< **Decisión de la Sala:**

1.- *El enunciado del único motivo de casación está mal formulado. La Audiencia Provincial no desestima la demanda porque considere que los contratos de compra de acciones en el mercado secundario no son anulables por vicio del consentimiento (art. 1300 CC), ni porque no aprecie la existencia de error en la prestación del consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC), sino porque concluye que contra quien se ha dirigido la acción de anulabilidad por dicho motivo, Bankia, carece de legitimación pasiva para soportarla.*

*Por esta misma razón, la cuestión nuclear a resolver en este recurso de casación es si, tras la compra de unas acciones en bolsa, en la que actúa como*

*intermediaria la propia entidad emisora, ésta tiene legitimación pasiva en una acción de nulidad del contrato de compra por error vicio del consentimiento.*

2.- *Las operaciones de compraventa bursátil son negocios jurídicos complejos que incluyen distintas figuras contractuales: unas órdenes cruzadas de compra y venta y unos contratos yuxtapuestos de comisión mercantil, en los que aparte del comprador y vendedor intervienen como intermediarias (una por parte del vendedor y otra por cuenta del comprador) unas agencias de valores, unas sociedades de valores o unas entidades bancarias (en general, Empresas de Servicios de Inversión, ESI).*

*La compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. El objeto de este contrato -los valores negociables e instrumentos financieros- y su forma de representación, hacen que la compraventa en los mercados secundarios oficiales no consista en un contrato por el que el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada a cambio de un precio. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de éste se transmitan al comprador a cambio del pago por éste de un precio.*

3.- *El vendedor no entrega unas acciones al comprador, que le paga por ellas un precio, sino que interviene necesariamente un operador del mercado, se ejecuta una transferencia contable de las acciones anotadas en cuenta y un pago con intermediario, de acuerdo con una operativa de compensación y liquidación reglada. Las partes no entran en contacto, las ofertas y las demandas se introducen por un tercero en un sistema informático, en el que las operaciones son anónimas y se produce la compensación y liquidación de forma masificada y normalizada, según un procedimiento establecido reglamentariamente.*

*Por ello, junto a las tradicionales partes del contrato de compraventa, vendedor y comprador, la normativa específica del mercado secundario oficial de la Bolsa de valores exige la intervención necesaria en la conclusión del contrato de un comisionista bursátil y después, en la ejecución, de una entidad de contrapartida central y de una entidad de liquidación. Pero ello no quiere decir que, a efectos obligacionales, tales entidades intermediarias y liquidadoras sean parte en el contrato de compraventa de las acciones, sino que dicho contrato debe realizarse con su intervención mediante la yuxtaposición de otras figuras jurídicas complementarias.*

4.- *El art. 10.1 LEC dispone que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.*

En las acciones de nulidad relativa o anulabilidad, la legitimación pasiva les corresponde a todos quienes hubieran sido parte en el contrato impugnado y no sean demandantes, y a quienes sean titulares de derechos derivados del contrato /arts. 1257 y 1302 CC).

Por lo que, respecto de la relación jurídica nacida de un contrato de compraventa, frente al ejercicio por el comprador de la acción de anulabilidad por haber prestado su consentimiento viciado por error, la legitimación pasiva no le corresponde más que el vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno. Recuérdese que el art. 247 Como establece que cuando el comisionista no contrate en nombre propio, las relaciones jurídicas se producirán directamente entre el comitente (Alforpe) y la persona que haya contratado con el comisionista (el tercero que vendió sus acciones en la bolsa), quedando al margen el comisionista.

5.- Este tribunal, en diversas sentencias, ha flexibilizado este requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015; 625/2016, de 24 de octubre; 718/2016, de 1 de diciembre; 477/2017, de 20 de julio; y 10/2019, de 11 de enero).

Pero, aparte de que dicha jurisprudencia se ha aplicado a productos financieros complejos, entre los que no se encuentra la compraventa de acciones que cotizan en bolsa, la razón por la que hemos reconocido en estos casos legitimación pasiva al banco intermediario ha sido que el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite -como sí sucede en la compraventa bursátil de acciones cotizadas-, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

6.- En este caso, en la demanda se pretende la nulidad de la compra de las acciones en el mercado secundario, no del contrato de intermediación entre Alforpe y Bankia (en su calidad de ESI), que sería una modalidad de comisión mercantil.

Bankia no vendió las acciones, porque no se trató (en lo que atañe al recurso de casación) de una venta como consecuencia de una oferta de la propia entidad (OPS), o en el mercado primario, sino de una venta en el mercado secundario (bolsa) en la que Alforpe compró las acciones a un tercero, del que se desconoce cómo las había adquirido a su vez. Bankia prestó a

Alforpe el servicio de inversión previsto en el art. 63.1. a) de la Ley del Mercado de Valores (LMV), esto es "la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros", servicio reservado para entidades específicamente autorizadas para ello (las ESI), en virtud de lo dispuesto en los arts. 64 y 65 de la misma Ley .

7.- Bankia tendría legitimación pasiva si se hubiera instado la nulidad del contrato de comisión entre Alforpe y Bankia, pero no en el de adquisición de las acciones . E incluso en el caso de que se hubiera instado la nulidad de la operación bursátil en su totalidad (el conjunto de compraventa y comisiones de compra y venta), habría también un defecto de constitución de la relación jurídico-procesal en su lado pasivo, pues debería haberse demandado también al vendedor de las acciones.

**Aun cuando se considerase que Bankia había incurrido en un defectuoso asesoramiento o que debía responder por la inexactitud del folleto, ya que las adquisiciones se realizaron dentro de su periodo de vigencia, tampoco tendría legitimación pasiva respecto de una acción de anulabilidad de la compra de acciones por error vicio del consentimiento, sino, en su caso, en una acción de indemnización de daños y perjuicios.>>**

Respecto de la acción de indemnización de daños y perjuicios el Tribunal Supremo en su sentencia del 18 de enero de 2007 (ROJ: STS 176/2007), Sentencia: 1/2007, Recurso: 924/2000, Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, nos dice que: <<Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses.>>

Partiendo de estas premisas, considero que la acción que los actores ostentan contra Banco Popular, hoy Banco Santander, es la acción de indemnización de daños y perjuicios y no así la acción de nulidad del contrato. Acción de indemnización de daños y perjuicios por irregularidades en el folleto y en los informes periódicos, ex artículos 38 y 124 LMV puesto que, siendo cierta la jurisprudencia que cita la parte, este Tribunal, en resoluciones anteriores ha manifestado sus discrepancias en aquellos supuestos en los que los adquirentes de las acciones no cuentan con información posterior relevante debido al escaso tiempo transcurrido entre la ampliación de capital y la suscripción.

En repetidas ocasiones, entre otra en la sentencia de SAP Civil sección 7 del 15 de marzo de 2017 (ROJ: SAP V 3953/2017, Sentencia: 96/2017, Recurso: 9/2017, Ponente: MARÍA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA, mencionando otras anteriores, hemos indicado:

*SEXTO: Entrando a conocer sobre los motivos relativos a la carga de la prueba y a la vulneración de los artículos 1266, 1269 y 1270 del CC, respecto de las ventas de acciones llevadas a cabo en la Oferta Pública de Suscripción, hemos manifestado en múltiples ocasiones que se ha de partir de que nos hallamos ante una oferta pública de acciones que se sustenta en unos documentos, en unos folletos, cuya veracidad, a los meros efectos civiles, ha quedado desvirtuada por los propios hechos acaecidos en la mercantil demandada, como son su contabilidad, pues pasó de afirmar, para el mismo periodo, que sus cuentas arrojaban unos beneficios de 305 (o 309) millones de euros, a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que quedó reflejado en la propia evolución de las acciones.*

*La cotización en bolsa de unas acciones no sube o baja de manera aleatoria, como si se tratara de un juego de azar, o una lotería. Cuando la cotización en bolsa de unas acciones sufre un cambio radical, como en el presente caso, es como consecuencia de un conjunto de circunstancias, que pueden ser externas a la mercantil pero que redundan en ella, o bien internas; pero unas acciones no pasan de tener un valor determinado a quedar reducido, prácticamente a cero, sin causa alguna, cuestión distinta será que tales circunstancias se hagan públicas o no.*

*Tampoco estimamos que la coyuntura económica pueda justificar la pérdida de valor, como se invoca, puesto que las acciones de otras entidades bancarias, han sufrido descensos en su cotización y, en caso de venta, han generado pérdidas, pero este no es el supuesto acontecido en Bankia ya que, en el presente caso, han perdido, prácticamente, su valor, sin que se haya*

*acreditado ningún acontecimiento ajeno a la mercantil, a sus estados contables, que lo haya podido generar.*

*No debemos olvidar que justificar dichos cambios es obligación de la entidad demandada Bankia, primero, porque se trata de una relación de un comerciante con unos consumidores y, en segundo lugar, porque al amparo del artículo 217-7 de la LEC la entidad bancaria goza de la disponibilidad y facilidad probatoria.*

*Así, sobre la carga de la prueba en el ámbito de la comercialización de productos financieros, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la reciente sentencia del 10 de diciembre de 2015, Roj: STS 5257/2015, N° de Recurso: 1678/2012, Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, en la que se indica: <<Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.*

*9. Desestimación del motivo segundo. Constituye jurisprudencia constante de esta Sala que bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis 3 LMV introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error [Sentencia 588/2015, de 10 de noviembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014].*

*En el contexto de esta jurisprudencia, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del swap, corresponde al banco demandado que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Razón por la cual, el tribunal no infringió las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC, porque, por facilidad probatoria, correspondía al banco la carga de probar que cumplió con los deberes de información>>*

*Además, en el presente caso, nos encontramos con acciones que se ofrecen y venden al público general, sin formación ni preparación económica y bursátil, y que las adquieren porque se las ofrecen personalmente sus asesores bancarios en quienes han depositado su confianza.*