



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Sección: MAC

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:
0000134/2020-00

Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Santa Cruz de
Tenerife

Rollo: Recurso de apelación

N° Rollo: 0000125/2021

NIG: 3803842120200001394

Resolución: Sentencia 000211/2021

Intervención:

Apelado

Apelante

Interviniente:

BANCO SANTANDER S.A.

Abogado:

Carolina García Santos

Procurador:

Sonia Gonzalez Gonzalez

SENTENCIA

Ilmos. Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPARD PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

D.ª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de abril de dos mil veintiuno.

Visto por los Ilmos. Sres./a. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de Procedimiento Ordinario n.º 134/2020, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santa Cruz de Tenerife, promovidos por representado por la Procuradora D.ª Sonia González González, y asistido por la Letrada **D.ª Carolina García Santos** contra Banco Santander S.A., representada por la Procuradora

; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY;

la presente sentencia siendo Ponente la Ilma. Sra. **D.ª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA**, con base en los siguientes:

www.carolinagarciabogada.com



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Il.tra. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia el diecisiete de diciembre de dos mil veinte, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*FALLO: “1º) Se estima la demanda formulada por la representación procesal de
frente a BANCO SANTANDER, S.A.*

2º) Se condena a la demandada a abonar al actor suma de 10.400 –DIES MIL CUATROCIENTOS- euros, más el interés legal de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta el importe de las acciones de Banco Popular adquiridas por el actor.

3º) Las costas procesales se imponen a la demandada”.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 29 de abril de 2021.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por la representación procesal de _____ y condena a la parte demandada a abonar a la suma de 10.400 euros , mas el interés legal de dicha suma desde la fecha de cargo de la cuenta el importe de las acciones de Banco Popular adquiridas por el actor. Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Banco de Santander, que después de exponer los antecedentes del caso que ha de ser objeto de resolución, alega y reitera en primer lugar, la falta de legitimación pasiva, ya que la suscripción de las acciones se llevó a cabo en el mercado secundario, fuera por tanto del ámbito de la ampliación de capital que tuvo lugar en el año 2016; en segundo lugar reitera que no procede la estimación de la acción de responsabilidad de los artículos 38 y 124 TRLMV en función de lo establecido por los acuerdos de unificación de criterio de las Audiencias Provinciales de Asturias y Cantabria, así como una sentencia de especial relevancia, por cuanto acoge el criterio de la A.P de Asturias respecto de la aplicación de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, tratándose de la Sentencia dictada por la A.P. de Madrid, Sección 20, rollo de apelación 211/2020.; y por último, y en tercer lugar alega la errónea valoración de las cuentas anuales de Banco Popular efectuada en la sentencia.

SEGUNDO.-Falta de legitimación pasiva. La entidad demandada considera que la suscripción de las acciones se produjo en el mercado secundario, fuera del ámbito de la ampliación del capital, por lo que la sentencia recurrida adolece de un error ya que no ha tenido en cuenta que las suscripciones de acciones se realizó en el mercado secundario, fuera del

www.carolinagarciabogada.com

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



marco de la ampliación de capital llevada a cabo por la entidad en mayo y junio de 2016. Considera que en la compraventa de unas acciones es esencial diferenciar si las mismas han sido adquiridas en el mercado primario o de emisión, o bien en el denominado mercado secundario, o de negociación, porque en éste último ya no es la sociedad que emitió las acciones quien vende las mismas, sino que el vendedor es quien fuera el titular de aquellas en ese momento, por lo que Banco Popular no tuvo relación alguna ni con el actor ni con la inversión realizada en acciones de Banco Popular, sino que fue un tercero quien informó al cliente de las condiciones de la inversión.

Ciertamente por ser suficientemente explícitos los argumentos de la sentencia recurrida a lo largo del fundamento segundo de su resolución, la excepción planteada aquí no va a prosperar.

Esta Sala considera al igual que la juez de instancia, que la acción que se articula mediante la interposición de la presente demanda, es de daños y perjuicios basada en una situación económica reflejada en el folleto de emisión que se alejaba de la realidad, o como expone la sentencia de instancia, una única acción para exigir responsabilidad civil basada en la falta de veracidad de los datos contenidos en el folleto informativo que se acompañó a la ampliación de capital de Banco Popular en mayo de 2016, al amparo de los artículos 38 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores, siendo ésta la verdadera naturaleza de la acción ejercitada.

El hecho de que la parte apelada hubiera adquirido las acciones al margen de la oferta pública de suscripción, de modo que la entidad demandada no habría sido parte del negocio jurídico de la compra, habiendo sido mera intermediaria, no obstante, consideramos que la mera desinformación del comprador afectaría tanto a las acciones adquiridas a través de la OPS como a las adquiridas en el mercado secundario. Y además, independientemente de la entidad que comercializó las acciones, o que se haya limitado a ser un mero intermediario, el defecto grave producido es el del folleto informativo y por tanto no puede decirse que la falta de comercialización del producto litigioso permita a la entidad excluir su legitimación pasiva en el presente caso. Por ello, que las acciones fueran adquiridas a través de la entidad Bankinter, filial por otra parte de Banco de Santander, no afecta a la esencia de la acción ejercitada fundamentada en el error en el consentimiento producido en la adquisición, dirigiendo su reclamación el actor frente a la titular de las acciones que precisamente provocó con su actuación el vicio del consentimiento. Pero es que además, como acabamos de decir, en la demanda se ejercitaba una acción de responsabilidad civil, por lo que la legitimación de Banco Santander para soportar la reclamación de indemnización por esta compra de valores aparece clara, debiendo recordarse que responde la entidad emisora del folleto informativo por los daños y perjuicios generados a los inversores.

Respecto a la información a cargo de la entidad financiera, corresponde a la entidad bancaria demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a la ahora demandante de la naturaleza y características del producto, así como de las circunstancias que lo rodeaban, y en particular de las incertidumbres para el año 2016 que aconsejaban aplicar criterios muy estrictos que podrían dar lugar a provisiones o deterioros cuantiosos, acaecimientos determinantes para conformar un conocimiento cabal del cliente inversor.



Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo 7 del artículo 217 de la L.E.C., en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía la operación que ofertó propiciando su contratación.

La entidad bancaria no ha demostrado que informara a la compradora de manera fiel, clara y completa de los avatares del Banco, activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones, que sólo podía resultar, aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario, de lo que se le informara al cliente, bien de forma personal o en el folleto informativo.

Y tratándose de una entidad que prestaba servicios en España, debía disponer de un sistema de información de datos y difundirlos mediante los informes anuales y financieros semestrales, que contemplan los artículos 118 y 119 del TRLMV, con las responsabilidades que establece el art 124.2 de daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los valores como consecuencia de la información no fiel proporcionada.

TERCERO.- Se hace referencia por la apelante al Acuerdo de unificación de criterios alcanzado por las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Asturias y Cantabria que se pronuncian expresamente en relación a la desestimación de las acciones indemnizatorias del artículo 38 y 124 LMV.

Ciertamente estamos en presencia de un nuevo foco de litigiosidad en materia de derechos de los consumidores sobre el que ya existen múltiples pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, en la que se pueden establecer dos corrientes claramente delimitadas. Una primera, totalmente minoritaria, y en la que se basa la apelante en el segundo motivo del recurso, que desestima las acciones ejercitadas sobre acciones del Banco Popular al entender la falta de legitimación del Banco de Santander en atención a las condiciones en las que se llevó a cabo la resolución por la JUR del Banco Popular, criterio sostenido en las SSAP Cantabria (2ª) 141/20, de 26 de febrero o la AP de Asturias, sección 6ª, 74/20, de 25 de febrero, destacando la existencia de acuerdos de Plenos no jurisdiccionales en Cantabria y Asturias, pero también tenemos un segundo criterio, absolutamente mayoritario, que entiende la procedencia de la estimación de estas acciones, bien la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, en relación a las adquisiciones en el mercado primario, o bien la acción de indemnización por daños y perjuicios, en las compras de acciones en el mercado secundario. En tal sentido se pueden citar las SSAP León(1ª), 384/19, de 19 de septiembre; Álava (1ª) 335/19, de 20 de mayo; Vizcaya (3ª) 473/19, de 23 de diciembre; Cáceres (1ª) 2/19, de 9 de enero; Baleares (4ª) 85/19, de 18 de marzo; Girona (2ª) 278/19, de 28 de junio; Ávila (1ª) 29/20, de 17 de enero; Alicante (5ª) 319/19, de 8 de julio; Madrid (8ª) 10/20, de 20 de enero; La Coruña (3ª) 76/20, de 10 de marzo; Valladolid (3ª), 155/20, de 6 de marzo; Badajoz (2ª), 170/20, de 27 de febrero; Orense (1ª) 59/20, de 27 de febrero; Soria (1ª) 51/20, de 25 de febrero; Zamora (1ª) 82/20, de 21 de febrero; Valencia (8ª) 92/20, de 13 de febrero; Pontevedra (6ª), 64/20, de 13 de febrero; Salamanca (1ª) 56/20, de 5 de febrero; Granada (4ª) 419/19, de 31 de enero; Palencia (1ª) 361/19, de 21 de enero; o Zaragoza (5ª) 777/19, de 16 de enero de 2020.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



De otra parte en la Junta Sectorial de magistrados de las Secciones Civiles Generales y de la Sección Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el pasado 8 de octubre de 2020 se acordó que *"No es aplicable a toda compra realizada en el mercado secundario la Ley 11/2015 en las acciones en las que se ejercita responsabilidad contra el Banco Santander por la adquisición de acciones del capital social del Banco Popular, salvo en los casos en los que el daño resulta de la resolución de la entidad"*.

CUARTO.- El último motivo objeto de apelación hace referencia a la errónea valoración de las cuentas anuales del Banco Popular efectuada en la Sentencia. Entiende la parte recurrente que la juzgadora de instancia ha hecho caso omiso del informe pericial aportado en autos donde se explican detalladamente cuales son los motivos de las pérdidas reflejadas en las cuentas anuales consolidadas del Banco Popular del ejercicio 2016, añadiendo que las cuentas anuales de Banco Popular del ejercicio 2016 registraron unas pérdidas consolidadas, antes de impuestos de 4.888 millones de euros, lo que representa una desviación negativa de 1.445 millones de euros. La anterior desviación en ningún caso refleja la existencia de irregularidades en las Cuentas Anuales de 2015, ni en los Estados Financieros Intermedios Resumidos Consolidados del primer trimestre de 2016, y esa diferencia añade tiene cuatro componentes que expone a lo largo de este motivo., concluyendo que el Banco Popular fue solvente en todo momento, y la causa de la resolución de Banco Popular, como han establecido oficial y unánimemente los actos administrativos aprobados por las autoridades públicas competentes, fue el agotamiento de su posición de liquidez.

Este motivo no puede prosperar, porque un supuesto idéntico de adquisición de acciones en la ampliación de capital de 2016, ha sido resuelto por esta Audiencia Provincial, Sección 1ª, en sentencia de 2 de julio de 2020: *"Resulta evidente que la situación financiera del Banco Popular que publicó en el folleto de su salida a Bolsa no era la real. Resulta indiferente valorar si tal situación financiera se hizo de forma engañosa o no, pero en lo que no existe duda es que por mucho que se intente justificar en la crisis económica o en la valoración de los activos financieros de forma distinta, lo que no se comprende que tras un reformulación de las cuentas anuales se pase en un año de una situación de solvencia aunque con riesgos los cuales motivaron la oferta de acciones para solventar la situación, a una situación de quiebra y la necesidad de su intervención pública, por lo que hubiera o no engaño, el error del inversor fue evidente, pues pensaba y confiaba en que compraba unas acciones de una entidad solvente cuando ello no se correspondía a la realidad. Siendo imposible que el inversor minorista, como ocurre con el demandante, pudieran evitar tal error, pues dependía exclusivamente de la información veraz que debía entregar la demandada.*

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores”.

En el mismo sentido se ha decantado la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia de Álava de 17 de junio de 2.019, y el mismo criterio mantienen las sentencia de la Sección Decimoprimer de la Audiencia de Barcelona de 1 de octubre y 18 de junio de 2.019.

QUINTO.- Que, al desestimarse el recurso de apelación, las costas habrán de ser impuestas a la parte apelante, por ser preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con lo dispuesto en el artículo 394 ambos de la L.E.C.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora D^a María Cristina Togores Guigou, en nombre y representación de Banco de Santander SA, contra la sentencia dictada de fecha 17 de diciembre de 2020, por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, y, en su consecuencia, se confirma la citada resolución, con imposición de las costas procesales a la parte apelante, por ser preceptivo.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.