



Roj: **SAP B 7194/2019 - ECLI: ES:APB:2019:7194**

Id Cendoj: **08019370112019100371**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **18/06/2019**

Nº de Recurso: **806/2018**

Nº de Resolución: **400/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO GOMEZ CANAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866150

FAX: 934867109

EMAIL:aps11.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801542120178200756

### **Recurso de apelación 806/2018 -A**

Materia: Juicio verbal

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona**

**Procedimiento de origen: Juicio verbal (250.2) (VRB) 32/2018**

Parte recurrente/Solicitante: Hugo , Camila

Procurador/a: Adriana Flores Romeu

Abogado/a: Sandra Balado Arias

Parte recurrida: **Banco Popular** Español, S.A.

Procurador/a: Jordi Fontquerni Bas

Abogado/a: MARINA SABIDO CORONADO

### **SENTENCIA N° 400/2019**

**Magistrado: Antonio Gomez Canal**

En Barcelona, a dieciocho de junio de dos mil diecinueve.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona constituida en forma unipersonal por el magistrado Antonio Gomez Canal ha visto en grado de apelación los autos de **JUICIO VERBAL 32/18** sobre ineficacia contractual y reclamación de cantidad seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Badalona por demanda de DON Hugo y DOÑA Camila , representados por la Procuradora sra. Flores y asistidos por el Letrado sr. Blasco, contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por el Procurador sr. Fontquerni y defendida por la Abogada sra. Sabido, y que penden ante este tribunal por virtud del recurso interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 10 de abril de 2.018 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.- RESOLUCIÓN RECURRIDA.**



En el juicio verbal 32/18 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona recayó Sentencia el día 10 de abril de 2.018 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "DESESTIMO la demanda interpuesta por Hugo Y Camila contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** y en consecuencia, ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de las costas a la actora."

#### Segundo.- LAS PARTES EN EL RECURSO.

Contra dicha resolución íntegramente desestimatoria de sus pretensiones la parte actora formuló recurso de apelación al que se opuso la entidad financiera interpelada en el traslado conferido al efecto. A continuación los litigantes fueron emplazados ante la Superioridad y ambos comparecieron en tiempo y forma.

#### Tercero.- TRAMITACIÓN EN LA SALA.

Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, quedaron preparados para dictar resolución. Mediante Auto de fecha 7 de mayo del presente año tuvimos por alegados dos hechos nuevos por los actores apelantes y por aportada documental acreditativa.

#### Cuarto.- CUMPLIMIENTO DE LOS TRÁMITES.

En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DON Hugo Y DOÑA Camila CONTRA LA SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 2.018 .

Los actores denuncian por medio del presente recurso de apelación el error en el que a su juicio habría incurrido la resolución de primer grado al adoptar las siguientes decisiones: 1ª) negar legitimación pasiva a **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** (en adelante también simplemente BPE) para soportar la **acción** principal que ejercitaron en la demanda rectora del proceso consistente en la declaración de **nulidad** relativa por error vicio en el consentimiento prestado en fecha 13/10/16 en la orden de adquisición a través del mercado secundario de 3.700 **acciones** de dicha entidad, con la intermediación de RENTA 4 **BANCO** (documento 1 de la demanda), y consiguiente aplicación del art. 1.303 CCivil (restitución recíproca de prestaciones con sus intereses) y 2ª) descartar, a la vista de la prueba pericial aportada por BPE examinando su actuación contable, que hubiera incurrido en responsabilidad extracontractual frente a los accionantes.

*Primer motivo: infracción de los arts. 5.2 .i. f. y 10 LECivil al negar legitimación pasiva a BPE.*

El motivo se desestima. Para alcanzar este resultado partimos de dos premisas fundamentales:

1ª.- ante todo del concepto de legitimación material, entendida como la especial posición que ocupa un sujeto en relación a lo que constituye el objeto del litigio que le confiere la facultad de ostentar la condición de parte en él, activa o pasiva ( SsTS de 23/10/02 y 21/4/04 citadas por la SAP de Barcelona, Sec. 15ª, de 5/4/19 ).

2ª.- la concreta pretensión principal ejercitada por los sres. Camila - Hugo en su demanda, reiterada en la alzada, caracterizada: a.- en sentido negativo, porque no se trata del supuesto en que la entidad financiera interpelada intervino en la comercialización de unos títulos valor emitidos por ella o por un tercero y ejecutó la orden de adquisición obteniendo el correspondiente beneficio, en los que el Tribunal Supremo reconoce legitimación pasiva a la primera bajo el argumento de que realmente el **banco** es quien adquiere ese producto -del emisor o de su anterior titular- para, a su vez, vendérselo a su cliente minorista quien de este modo queda protegido con la posibilidad de ejercitar la **acción** anulatoria frente a quien propició con su falta de información la aparición del error vicio del consentimiento ( SsTS 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 625/2016, de 24 de octubre ; 718/2016, de 1 de diciembre ; 477/2017, de 20 de julio y 71/2018, de 13 de febrero ) y - en sentido positivo, nos hallamos ante el planteamiento de una **acción** de **nulidad** relativa por error vicio en el consentimiento prevista en los arts. 1.265, 1.266 y 1.300 y ss. CCivil de un contrato oneroso que tuvo por objeto la adquisición de **acciones** de BPE pero no vendidas *por* BPE, como sería el caso de la suscripción de **acciones** tras su lanzamiento al mercado mediante oferta pública (primaria) -tampoco como intermediaria financiera- sino a través de orden cursada al mercado secundario de valores a través de otro operador independiente (RENTA 4 **BANCO**).

Si esto es así la legitimación pasiva de BPE en relación a dicha pretensión anulatoria no nos parece justificada. Aunque somos conscientes de la existencia de un buen número de resoluciones acordes con la tesis de los actores apelantes (p.ej. SsAAPP de Asturias, Sec. 4ª, 366/18 de 17/10 y de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, 85/19 de 18/3 ), esta Sala se ha inclinado en Ss. 133 y 191 de 28/2 y 25/3 de 2.019 por la línea marcada por las



Sentencias 141/19 de 25/3 de la Sec. 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid y 742/18 de 19/12 de la Sec. 13ª de esta misma Audiencia Provincial, con profusa cita jurisprudencial:

1º.- **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A. no fue parte material -tampoco formal- en el contrato celebrado el 13/10/16 y cuya anulabilidad se postula (art. 1.257 CCivil) por lo que ningún efecto causó en su patrimonio. Otra cosa es que a) una parte alícuota de su **capital** social, representado por las 3.700 **acciones** litigiosas, constituyera el objeto de ese negocio jurídico y b) los sres. Camila - Hugo hubieran optado por su adquisición movidos por la información, presuntamente errónea, facilitada por dicha entidad al tiempo de acometer su **ampliación de capital**. Lo importante a los efectos de determinar el sujeto pasivamente legitimado causalmente para soportar la **acción** anulatoria es que no fue BPE quien transmitió esos títulos-valor sino un anónimo inversor (desinversor) que decidió ponerlos a la venta a través del mercado secundario y 2º.- atendido que el efecto inherente a la declaración de **nulidad** interesada por los sres. Camila - Hugo con carácter prioritario es la restitución recíproca de la cosas que hubieren sido objeto del contrato, los únicos legitimados para actuar en el litigio encaminado a obtener esa declaración son los contratantes (arts. 1.302, 1.303, 1.307 y 1.308 CCivil). Ello es los que percibieron las prestaciones a restituir y en el caso enjuiciado BPE no obtuvo el precio cuya recuperación pretenden los sres. Camila - Hugo .

*Segundo motivo: error en la valoración de la prueba obrante en la causa relativa a la concurrencia de los elementos constitutivos de la **acción** indemnizatoria ejercitada con carácter subsidiario frente a **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A.*

El motivo, conformado por las alegaciones 3ª a 5ª del recurso, se estima. Rechazada en firme la prosperabilidad de la **acción** anulatoria, por la falta de previa vinculación negocial entre las partes del proceso, corresponde ahora examinar si BPE resulta civilmente responsable frente a los sres. Camila - Hugo en base a otras fuentes ( art. 1.089 CCivil), en concreto, a tenor del escrito de demanda, por concurrir el supuesto específico a que se refiere el art. 38 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) o el general del art. 1.902 del Código Civil común a toda España. Para que la **acción** indemnizatoria prevista en el primero de dichos preceptos, a ejercitar en tres años (art. 124 LMV), pueda prosperar es precisa la concurrencia cumulativa de tres requisitos:

1º.- Un daño patrimonial en los inversores sres. Camila - Hugo cuantificado, sin discusión, en la suma reclamada: importe satisfecho por la adquisición de los títulos sin descuento de clase alguna habida cuenta que a) no consta que las **acciones** litigiosas hubieran generado rendimientos durante su tenencia y b) fueron amortizadas con pérdida íntegra de su valor.

2º.- La presentación distorsionada de la imagen financiera del **banco** en la documentación informativa de la **ampliación de capital** disponible para el inversor, en contra de lo ordenado por el art. 37.1 y 4 TRLMV.

A juicio de la Sala la concurrencia de este segundo requisito de la **acción** indemnizatoria ejercitada por los actores apelantes resulta incuestionable. Frente a la resolución de primer grado, que da mayor credibilidad a la opinión del perito propuesto por BPE, según la cual su contabilidad publicitada para la **ampliación de capital** respondía fielmente a la realidad, la Sala dispone a día de hoy (Auto de 7/5/19) de la visión, técnica e imparcial, ofrecida por la CNMV y el **Banco** de España que viene a corroborar la tesis de la pericial actora según la cual BPE habría eludido reflejar en las cuentas del año 2.016 la imagen fiel de su negocio - mejorándola- y que vendría confirmada por el hecho, innegable, de que en el mes de junio de 2.017 la Junta Única de Resolución, por comunicación del **Banco** Central Europeo, decidió la resolución del **Banco Popular** por incapacidad financiera de seguir adelante con el negocio (art. 18.1 del Reglamento (UE) nº 806/2014, de 15 de julio): - en el último inciso del segundo párrafo del párrafo nº 54 de la comunicación de 19/10/18 la CNMV, en ejercicio de sus funciones supervisoras y de inspección (art. 234 TRLMV), concluye que "*la información financiera consolidada del **Banco Popular** del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiera patrimonial*", que estaba más deteriorada de manera material y - los peritos del **Banco** de España, en el proceso penal en trámite ante la Audiencia Nacional (42/17 del Juzgado Central de Instrucción nº 4), emiten un informe fechado el 8 de abril del presente año 2.019 en el que ponen igualmente de manifiesto que las previsiones contenidas en la contabilidad e información ofrecida para la **ampliación de capital** del mes de mayo de 2.016 resultaban de un optimismo contrario a la prudencia exigible.

Son varias ya las Audiencias Provinciales de nuestro país que han concluido en la misma línea de considerar que BPE falseó la imagen de su fortaleza financiera en el proceso de **ampliación de capital** de 26 de mayo de 2.016, aunque algunas lo hacen desde la perspectiva de la capacidad para generar un error invalidante en el inversor. Sirvan como ejemplo las SsAAPP de Álava, Sec. 1ª, 223/19 de 8/3 , de Cáceres, Sec. 1ª, 2/19 de 9/1 , de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, 85/19 de 18/3 , de Valladolid, Sec. 1ª, 29/19, de 18/1 y de Barcelona, Sec. 17ª, 348/19 de 30/5 en la que leemos que: "*En el presente supuesto la información falseada ofrecida por la demandada en el **folleto** informativo comporta que no se haya acreditado que en el momento de la*



contratación el cliente tenía un conocimiento suficiente de la situación económica y financiera de la entidad y de las repercusiones que ello tenía en las **acciones** a adquirir. Dicho error recae sobre los riesgos concretos de la situación económica y financiera y el desconocimiento de dichos riesgos afecta a la causa principal de la contratación. Así, el desconocimiento de tales riesgos concretos evidencia que la representación mental que el actor se hacía de lo que contrataba era equivocada, puesto que con una finalidad de adquirir **acciones** en una entidad solvente las adquirió en una entidad con riesgo cierto de insolvencia."

3º.- La relación causal entre el daño sufrido por los sres. Camila - Hugo y la tergiversada información ofrecida al público en general por BPE sobre su solvencia económica. A nuestro juicio la concurrencia de este último requisito resulta innegable.

Aunque es cierto que los recurrentes no adquirieron en el mercado primario las **acciones** litigiosas, cabe inferir conforme al art. 386.1 LECivil que su decisión inversora vino motivada por la oferta pública de adquisición lanzada por BPE para cubrir la **ampliación de capital** de fecha 26 de mayo de 2.016 cuyo **folleto** informativo hemos considerado deficiente a los efectos de ilustrar sobre la fiel situación financiera de la entidad:

a.- los títulos fueron comprados por los actores en fecha 13 de octubre de ese mismo año, dentro del año de vigencia del **folleto** informativo a que hicimos referencia. Nada que ver con el asunto resuelto por la SAP de Madrid, Sec. 19ª, 136/19 de 28/3 en que los títulos, sometidos a los vaivenes y fluctuaciones inherentes al mercado bursátil ( SsTS de 3/2/16 y 20/12/17 ), se habían adquirido 12 años atrás y en la que se concluye que "no cabe anudar o relacionar, por el mismo motivo, lo acontecido con el **banco** a partir del año 2016 y las pérdidas de valor operadas, con aquella adquisición de **acciones** doce años antes. No puede deducirse que la situación financiera de la entidad emisora el año 2004 tuviera influencia alguna en lo acontecido en el año 2016, ni que existiese algún tipo de vinculación entre ambas."

Nuestro caso se asemeja al resuelto por la SAP de Álava, Sec. 1ª, 223/19 de 8/3 en la que leemos lo siguiente: "Se plantea la cuestión de si la responsabilidad del emisor por la inveracidad del **folleto** queda limitada a las compras de las **acciones** que se hicieron en el mercado primario antes de la salida a Bolsa, o si, por el contrario, también se extiende a las que se hacen en el mercado secundario, y, en este segundo caso, surgiría la cuestión del límite temporal.

La contestación ha de venir dada a través de la determinación del plazo de validez del **folleto**. Siendo así que en el considerando 26 de la Directiva 2003/71/CE de 4 de noviembre ya se precisa que "debe fijarse un plazo claro de validez del **folleto**". Y, por eso, en el apartado 1 del artículo 9 se proclama que "un **folleto** será válido durante 12 meses después de su publicación para ofertas públicas". Y, al transponerse esta Directiva Comunitaria al Derecho español, se dice, en el apartado 1 del artículo 27 del Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre, bajo la rúbrica de "período de validez del **folleto** informativo", que: "Los **folletos** serán válidos durante un período de doce meses desde su aprobación para realizar ofertas públicas". En consecuencia la responsabilidad de **Banco Popular, S.A.**, por la inveracidad del **folleto** no queda limitada a las compras de **acciones** que se hicieron con la emisión, antes de su salida a Bolsa, sino que se extiende durante doce meses desde que fue aprobado para la oferta pública."

b.- los sres. Hugo - Camila adquieren los títulos en el contexto de esa operación de **ampliación de capital**, movidos por la apariencia creada en la opinión pública -formada a partir de la información recogida en el **folleto** (art. 37.1 y 4 TRLMV y STJUE de 19/12/13 y STS de 3/2/16) y amplificada por los medios especializados- de que la entidad financiera gozaba de plena solvencia y liquidez para hacer frente a sus obligaciones económicas -lo que redundaba en la presumible rentabilidad de sus **acciones** y consiguiente interés de los inversores- y la cual se ha revelado falsa por el hecho de que en prácticamente un año BPE -en concreto el 6/6/17- quedara resuelto, amortizadas sus **acciones** y vendido a **BANCO SANTANDER, S.A.** por 1 euro. La SAP de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, 85/19 de 18/3 justifica la concurrencia del requisito examinado con un argumento que hacemos nuestro: "la pérdida total de la inversión de los hoy apelantes no acontece como consecuencia de las fluctuaciones habituales de la cotización en Bolsa de las **acciones** y propias de este producto, que es donde se encuentra el riesgo de éstas que los clientes deben asumir en cuanto son conocidas y de ahí que no revista complejidad, sino que el fracaso total de la operación inversora se produce a causa de un comportamiento anormalmente negativo de las **acciones** adquiridas e impropio de este producto, propiciado por el importante deterioro financiero del **Banco** que ya se daba en el momento de la **ampliación del capital** del año 2.016, precedida la inversión de una información incorrecta sobre la salud financiera de la entidad facilitada por ella misma que llevó a los actores a adquirir las **acciones**."

Las anteriores consideraciones nos conducen a: i) estimar el segundo motivo del recurso de apelación, ii) revocar la Sentencia contra la que se dirigía y iii) en su lugar, con estimación sustancial de la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda rectora del proceso, vamos a condenar a BPE a que pague a los actores: 1º.- 3.931,23€ en concepto de indemnización por los perjuicios irrogados, 2º.- el interés legal devengado por



esa suma desde la interpelación judicial -no desde la adquisición- hasta hoy, momento a partir del cual regirá el tipo agravado previsto en el art. 576.1 LECivil hasta el cumplimiento ( arts. 1.100 y 1.108 CCivil y 576.2 LECivil); 3º.- las costas de primera instancia ( art. 394.1 LECivil ).

#### **Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.**

La estimación del recurso interpuesto por los sres. Camila - Hugo , aunque sea en forma parcial justifica que las costas causadas por su tramitación no se impongan a ninguna de las partes ( art. 398.2 LECivil ).

#### **Tercero.- DEPÓSITO PARA RECURRIR.**

Estimado el recurso de apelación, conforme a la D.Ad. 15ª.8 LOPJ se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito a los sres. Hugo - Camila .

### **FALLO**

Que estimo parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DON Hugo y DOÑA Camila contra la sentencia dictada en fecha 10 de abril de 2.018 en los autos de **juicio verbal 32/18** seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Badalona y en consecuencia:

1º.- **REVOCO** dicha resolución y en su lugar **ESTIMO** íntegramente la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda rectora del proceso y **CONDENO** a **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A. a que pague a DON Hugo y DOÑA Camila :

1.1.- TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS DE EURO (3.931,23€); 1.2.- El interés legal devengado por esa suma desde el 29/12/17 hasta hoy, momento a partir del cual y hasta el pago completo el tipo se agrava en dos puntos porcentuales; 1.3.- Las costas causadas por el seguimiento del proceso durante la primera instancia jurisdiccional.

2º.- Las costas generadas por el seguimiento del recurso de apelación no se imponen a ninguno de los litigantes.

3º.- El depósito constituido para recurrir será íntegramente restituido a DON Hugo y DOÑA Camila .

Inclúyase en el libro de Sentencias dejando testimonio en el rollo de apelación procediendo a la devolución de las actuaciones originales al Juzgado junto con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma comunicándoles que contra ella no cabe recurso alguno.

Así por esta sentencia, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronuncio y firmo.