

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 DE VALENCIA

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º-5ª Dcha (zona AZUL) (antigua Avd. Del Saler)

N.I.G.: 46250-42-1-2020-0027564

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] Nº 000909/2020

SENTENCIA Nº 0140/2021

MAGISTRADO/A-JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA ANGELES BARONA ARNAL

Lugar: VALENCIA

Fecha: cinco de mayo de dos mil veintiuno.

PARTE DEMANDANTE: ANTONIO [REDACTED] y CARMEN [REDACTED]

Abogado: PALOMAR PEREZ, JUAN PABLO

Procurador: [REDACTED]

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER SA

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

VISTOS los presentes autos que integran el procedimiento de Juicio Ordinario tramitado en este Juzgado con el número 909/20, interpuestos por el Procurador D. [REDACTED] en nombre y representación de D. Antonio [REDACTED] y Dª [REDACTED] y con la dirección del Letrado D. Juan Pablo Palomar Pérez contra BANCO DE SANTANDER SA (en su condición de sucesora procesal de la extinta entidad BANCO POPULAR) representado por la Procuradora Dª [REDACTED] y con la dirección del Letrado D. [REDACTED], se ha dictado la presente resolución con fundamento en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador D. [REDACTED] en nombre y representación de D. Antonio [REDACTED] y Dª Carmen [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que:

DECLARE la **ANULABILIDAD O NULIDAD RELATIVA** del contrato de suscripción adquisición de 533 ACCIONES de nueva emisión de BANCO POPULAR provenientes de la Oferta Pública de Suscripción de mayo de 2016 suscritas por la actora en fecha 20 de junio de 2.016 por importe de **SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (666,25 €)**, por adolecer de vicios del consentimiento por error y/o dolo que lo invalidan con arreglo a la ley, de conformidad con

lo establecido en los artículos 1.265, 1.266, 1.269, 1.300, 1.301 y 1.303 del Código Civil; y **CONDENE** a la Entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración de anulabilidad o nulidad relativa; como efecto legal de dicha declaración, disponga en su condena que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones que fueron objeto del presente contrato, 60 esto es, condene a la Entidad demandada a pagar a la demandante la cuantía de **SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (666,25 €)** que ésta desembolsó por la adquisición de 533 acciones; y al demandante a devolver las acciones que en derecho corresponda; y **CONDENE** a la demandada a abonar a mi patrocinada los intereses legales calculados sobre los **SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (666,25 €)** desde la fecha de la adquisición hasta la de sentencia, más los **intereses judiciales** calculados sobre la cantidad a que sea condenada la demandada desde la sentencia hasta el cobro efectivo de dicho importe, todo ello con imposición de **costas** a la demandada. Y **subsidiariamente DECLARE** que la demandada es responsable del incumplimiento del deber de información regulado en la Ley del Mercado de Valores, conforme ha sido alegado y fundamentado en el cuerpo de la presente demanda, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil en relación con los 38.1 y 38.3 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2.015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, le **CONDENE** por dolo y/o negligencia a **INDEMNIZAR A LA DEMANDANTE POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS** ocasionados por la adquisición de 533 acciones en la fecha 20 de junio de 2.016 por un importe de **SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (666,25 €)** según obra detallado en el HECHO PRIMERO de la presente demanda, como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes en el Folleto Informativo de la ampliación de capital de mayo de 2016. El perjuicio patrimonial quedará determinado por el importe de **SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (666,25€)** desembolsado en anticipada adquisición, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la demanda hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago; con imposición de costas a la parte demandada.

De forma acumulativa

DECLARE que la demandada es responsable del incumplimiento del deber de información regulado en la Ley del Mercado de Valores, conforme ha sido alegado y fundamentado en el cuerpo de la presente demanda, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil en relación 38.1 y 38.3 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2.015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, le **CONDENE** por dolo y/o negligencia a **INDEMNIZAR A LA DEMANDANTE POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS** ocasionados por la adquisición de 1.941 acciones en la fecha 16/9/2016 por un importe de **DOS MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (2.229,65.- €)** según obra detallado en el HECHO 61 PRIMERO de la presente demanda, como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes en el Folleto Informativo de la ampliación de capital de mayo de 2016. El perjuicio patrimonial quedará determinada por el importe de **DOS MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (2.229,65.- €)** desembolsado en la antecitada adquisición, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la demanda hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago; con imposición de costas a la parte demandada.

De forma acumulativa

DECLARE que la demandada es responsable del incumplimiento del deber de información regulado en la Ley del mercado de Valores, conforme ha sido alegado y fundamentado en el cuerpo de la presente demanda, y al amparo del artículo 1101 del CC en relación con los artículos 28,1, 28,3, 35, 35 ter y siguientes del RDL 4/2015 DE 23 DE OCTUBRE, POR LO QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA Ley del mercado de Valores, LE CONDENE por dolo y/o negligencia a INDEMNIZAR A LA DEMANDANTE POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS ocasionados por las adquisiciones 29/7/2013 y 17/09/2013 por un importe total de 24,728,09 según obra detallado en el hecho primero de la presente demanda, como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes en el segundo informe financiero semestral de los doce meses del ejercicio 2011 y el folleto informativo de la ampliación de capital de noviembre de 2012. Este perjuicio patrimonial asciende a 13,964,31 Euros, importe que resulta de la diferencia entre el importe de 24,728,09 Euros, desembolsado en las ante citadas adquisiciones y el importe de 10,763,78 Euros, obtenido en la venta de 3,000 acciones el 28/08/2013, menos los importes en su caso obtenidos por dividendos o venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita de acciones, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la demanda hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago; con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y la conteste.

Dentro del plazo se personó la Procuradora D^a Paula Calabuig en nombre y representación de la parte demandada, presentando escrito de contestación a la demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia desestimando la demanda y con imposición de costas a la parte actora.

Y dictándose la correspondiente resolución por la que se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y la hora que consta.

TERCERO.- Siendo el día y hora señalados comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes la prueba documental que se tuvo por reproducida y de conformidad con lo dispuesto en el art 429.8 LEC quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como ha quedado planteada por las partes la cuestión controvertida, hemos de dejar sentado que el Banco Santander es traída al procedimiento como sucesora que lo es de "Banco Popular, S.A." y que si bien los artículos 25.8 y 39.2 c) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y resolución de entidades de crédito y

empresas de servicios de inversión, exoneran a Banco de Santander, S.A. de abonar indemnización alguna al titular de instrumentos de capital de la Entidad resuelta, la actora no ejercita su acción basada en el instrumento de resolución de Banco Popular, S.A. y amortización de sus acciones, sino que reclama responsabilidad por inexactitudes del folleto informativo emitido con ocasión de la ampliación del capital social efectuada por su causante en 2016, hecho diferente al posterior proceso de resolución de la dicha Entidad bancaria.

El TJUE en Sentencia de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirmann contra Inmofinanz AG) ha considerado que "la responsabilidad de la sociedad de que se trate frente a los inversores -que también son sus accionistas- como consecuencia de las irregularidades cometidas por dicha sociedad con anterioridad a la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas, no dimana del contrato de sociedad ni se refiere únicamente a las relaciones internas en el seno de dicha sociedad. Se trata, en ese caso, de una responsabilidad que procede del contrato de adquisición de acciones. (...) Los accionistas que han resultado perjudicados como consecuencia de un incumplimiento de la sociedad cometido antes de la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas no se hallan en una situación idéntica a la de los accionistas de la misma sociedad cuya situación jurídica no se ha visto afectada por dicho incumplimiento".

Ello sentado, y por lo que respecta a las acciones adquiridas por los actores el 20-6-16 y 16-9-16, tal cuestión y desde sentencia dictada por la sección octava de la AP de Valencia de fecha 10 de febrero de 2020 y 13-2-20, y postura ésta mantenida de forma constante y pacífica por la Audiencia Provincial de Valencia, en un supuesto idéntico al de autos, da respuesta a las cuestiones planteadas por las partes y que coinciden con las que son objeto de esta resolución, y en la segunda de las resoluciones se establece:

"... Son muchas las sentencias de las Audiencias Provinciales que están estimando las demandadas de inversores que adquirieron acciones del Banco Popular tras la OPA del año 2016. Así, sentencias de la AP de Barcelona de 1 de octubre 2019 , León de 20 de septiembre 2019 , A Coruña de 11 de septiembre 2019, Valencia de 9 de septiembre 2019, Palma de Mallorca de 3 de septiembre de 2019, Barcelona de 2 de septiembre de 2019, Girona de 22 de julio de 2019, Barcelona de 18 de julio de 2019, Zamora 18 de julio de 2019, Barcelona 10 de julio 2019, Alicante 8 de julio de 2019 , Valladolid 1 de julio de 2019 , Girona de 6 de noviembre de 2019, entre otras muchas.

Muchas de estas sentencias se han basado en la notoriedad de la situación del Banco Popular entre la OPA de mayo del 2.016 y su intervención y venta al Banco de Santander. Tales hechos se recogen con claridad en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (sección 4) de 26 de noviembre de 2.018, nº recurso 524/2.018.

"En el 2016 Banco Popular tuvo problemas de capitalización, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2016 que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2016 por 2.505 millones de euros; previamente en el año 2012 se había realizado otra ampliación de capital.

Sus cuentas habían sido auditadas por Pricewaterhouse (PwC) que indicó un patrimonio neto de 12.423 millones de euros y así se comunicó a la CNMV.

El folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones fue depositado en la CNMV.

En dicho folleto se advertía de una serie de riesgos de los valores como era el no poder pagar dividendos y la volatilidad e imprevistos que pueden conllevar significativos descensos. Además en su introducción se refería a la incertidumbre derivada de los procedimientos judiciales y reclamaciones judiciales, concretamente de los relativos a la Cláusula suelo, la entrada en vigor de la circular 4/ 2016, el crecimiento económico más débil, la preocupación por la rentabilidad financiera, la inestabilidad política; y se refería a las posiciones dudosas e inmobiliarias del grupo que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, lo que de ocurrir ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible. Añade el folleto que "Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos". Así mismo aludía al entorno macroeconómico y sectorial y expresamente se refería a su inestabilidad y a una incertidumbre creciente y a nivel de España consideraba una ralentización de la economía. Exponía las ventas que a otras entidades se había realizado del negocio y concretaba (folio 9 y siguientes) como riesgos del negocio del grupo los derivados de la cláusula suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad que se generen pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el causado por los activos adquiridos en pago de deuda, la refinanciación, los riesgos derivados de la operativa sobre acciones propias, el riesgo de reputación... Por último, en el folleto se aludía al riesgo regulatorio y concretamente al MUR (riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa que es lo que ha ocurrido).

Entre el 28 de mayo y el 11 de junio de 2016 se hizo la oferta pública para acudir a la misma y que tuvo gran demanda (según diversos medios de comunicación hay una demanda de más del 35 % de lo ofrecido).

Suscritas las acciones comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2016, y a negociarse el día siguiente.

Tras la ampliación capital y a pesar de ella se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación que dan noticias poco atractivas como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias... todo lo cual conduce a una crisis de liquidez.

En febrero de 2017 se publican los resultados del Banco Popular del ejercicio anterior reconociendo pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros (informe anual que el banco cuelga en su página web).

El día 3 de abril de 2017 se comunica por Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un hecho relevante, exponiendo que tiene que provisionar 123 millones de euros más para afrontar riesgos, provisionar otros 160 millones de euros por determinados créditos, dar de baja garantías y otros semejantes.

El 11 de mayo de 2017 Banco Popular emite otra comunicación de hecho relevante a la CNMV en el que " niega categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco... ni la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos ".

El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 "la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo

18.4.c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano". Y la JUR decide el mismo día " declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma", al valorar que el Banco Popular "está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público". Ello supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

El FROB, el mismo día 7 de junio, dicta una resolución que conlleva que el 8 de junio de 2017 se amorticen las acciones y seguidamente se decretó su venta al Banco Santander por un (1) euro.

La Decisión SRB/ees/2017708 de la JUR indica que "con carácter previo a la adopción de su decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar, ha recibido la valoración realizada por un experto independiente... De la referida valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de dos mil millones de euros negativos (2000) y en el más estresado de ocho mil doscientos (8.200) millones de euros negativos. La valoración... ha informado la decisión de la JUR sobre la adopción del instrumento de venta del negocio...".

En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Constanza, Presidenta de la Junta Única de Resolución que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander.

Algunos medios de comunicación refieren que el informe contiene una valoración en tres escenarios. En el más perjudicial el valor de la entidad sería de - 8.200 millones de euros, en el intermedio -2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

La Comisión de investigación del Congreso de los Diputados pidió el informe a la Unión Europea, pero no se facilitó por lo que se recurrió tal negativa de la JUR a facilitar el informe quien en fechas recientes ha indicado que lo hará público a los interesados.

Mientras en septiembre el Banco Santander ha hecho una oferta a los antiguos accionistas de lo que se ha venido en llamar "bonos de fidelización", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, que se denominan "obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal". Si bien se solicita que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander.

El 30 de octubre de 2017 un acreedor del Banco Popular solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid la declaración de concurso necesario de tal entidad, que se admitió a trámite y fue rechazada el 13 de noviembre.

El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el Juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por

la ampliación de capital del Banco Popular en 2016. Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida".

Al respecto de la existencia de hechos notorios en supuestos idénticos al que ahora estamos examinando y la consecuente innecesariedad de aportación de pericial de la parte actora, son muchas las resoluciones de diversas Audiencias Provinciales en el sentido de estimar las pretensiones anulatorias, y así, a título de ejemplo, podemos enumerar la SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 21 de noviembre de 2019, la SAP de La Rioja, sección 1ª, de 29 de octubre de 2019; la SAP de Barcelona de 14 de octubre de 2019, la SAP de Madrid, sección 9ª, de 26 de septiembre de 2019, la SAP de León, sección 1ª, de 19 de septiembre de 2019, la SAP de Zamora, sección 1ª, de 19 de septiembre de 2019, la SAP de Valencia, sección 7ª, de 9 de septiembre de 2019, la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2019, o la SAP de Alicante, sección 5ª de 13 de junio de 2019.

Como relata la SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 21 de noviembre de 2019, cuando en supuestos como el presente se genera una enorme litigiosidad en toda España, determinados hechos que resultan comunes a todos los procesos judiciales, no pueden enjuiciarse de forma aislada sin tener en consideración lo ya resuelto por otros tribunales, especialmente cuando de forma abrumadoramente mayoritaria se establece una determinada fijación de los hechos. En este caso la real situación económica y financiera de la entidad Banco Popular, SA, cuando en el año 2016 procede a la ampliación de capital, en relación con la información que aparece en el preceptivo folleto de la oferta pública de suscripción de la ampliación de capital.

El tratamiento del principio de seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva en relación a pronunciamientos aparentemente contradictorios, se concreta a los hechos, no al derecho que, forzosamente, será diverso. El Tribunal Constitucional ha considerado contrario a la lógica la declaración de que unos mismos hechos existieron y no existieron, lo que matiza cuando el juzgador aprecie de forma distinta los hechos, y así dice la STC 28 septiembre 2009 que: "Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar

razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4).”

Por lo tanto, nos encontramos que en un año una entidad que se presentaba solvente, aunque en el folleto se indicasen determinados riesgos existentes, es adquirida por el Banco de Santander por un euro. Y ello a pesar de una ampliación de capital. Es decir, donde había expectativas de beneficios y dividendos, se pasa a pérdidas de tal magnitud que supusieron la desaparición de una entidad bancaria.

Podremos estar discutiendo eternamente si las cuentas aprobadas en el año 2.016 respecto del ejercicio del 2.015 estaban correctamente elaboradas, pero la lógica indica que una entidad bancaria de la envergadura que ha tenido el Banco Popular se encuentre en quiebra en el mes de junio, teniendo que ser intervenido y vendido por un euro y que en el año anterior, tras una ampliación de capital fuera solvente, aunque con riesgos derivados de procesos judiciales por su exposición a créditos inmobiliarios. La lógica indica que ello no puede ser.

Y desde luego tal situación cuando fue intervenido no guarda relación con la retirada de fondos masiva que denuncia la demandada, sino que era consecuencia de una comprometida situación patrimonial que se ocultó para capitalizar el banco con la OPA de mayo-junio del 2016.

Indica la misma sentencia que:

“No parece que pueda considerarse que la retirada masiva de fondos, que ahora se esgrime como causa principal de la resolución del banco, se haya acreditado. Al contrario, la comunicación de un hecho relevante que verifica Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de mayo de 2017, que se aporta como doc. nº 27 de la demanda, lo que afirma es que "es falso igualmente que haya datos de la Asociación Española de Banca que manifiesten que el banco perdiera 6.000 millones de euros de depósitos en el mes de Enero".

El propio Banco Popular, menos de un mes antes de su resolución por la JUR, asegura que no hay retirada masiva de depósitos, comunicándolo como hecho relevante a la CNMV. Parece, por tanto, que la explicación de las dificultades patrimoniales de la entidad emisora de las acciones no puede tener como origen una retirada importante de fondos, que indudablemente hubo, ya que se protestaba por el propio Banco Popular en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero.

Queda apartada, por tanto, la explicación que se sugería para justificar el claro empeoramiento de la entidad bancaria. Pero es preciso acreditar que las manifestaciones que se hacen en las cuentas que se auditaron, y los datos que se difundieron con el folleto, no se corresponden con la imagen de solvencia que se pretendía transmitir con las mismas, ocultándose una coyuntura mucho más grave, que de haber sido conocido podría haber limitado la gran demanda que tuvo la oferta pública de suscripción de acciones.”

En la resolución del FROB sobre la intervención de la entidad se indica en los antecedentes de hecho que:

Segundo. Con fecha 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo

establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano.

Tercero. En el ejercicio de sus competencias, la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma.

La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público.

De ello se desprende que no era un problema de iliquidez por falta de fondos, sino de un problema grave de solvencia, no existiendo perspectivas razonables de medidas alternativas para impedir su inviabilidad. Si hubiera sido simplemente un problema de liquidez es claro que se hubiera podido solventar con la adopción de diversas medidas, o como indica la sentencia de la Secc. 1ª de la AP de Vitoria de 17 de junio del 2019, tras examinar de manera detallada la evolución de la realidad contable de la entidad a lo largo de varios ejercicios (2.012-2.017), concluye en la concurrencia de los presupuestos de las acciones de responsabilidad de los artículos 38 y 124 LMV. Dice esta resolución que:

"A la luz del resultado de la valoración de la prueba practicada, se concluye que la información reflejada en la contabilidad del Banco Popular reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel. Este resultado se alcanzó por haber efectuado una estimación inadecuada, a la baja, de las necesidades de cobertura de la entidad frente a los niveles de morosidad de su clientela y por no reflejar la pérdida de valor de activos dudosos. Esta falta de rigor y prudencia en sus estimaciones le permitió, a su vez, documentar un mejor resultado en los ejercicios 2013, 2014 y 2015 y afirmar que el propósito de la ampliación de capital de junio de 2016 era el de reforzar la solvencia de la entidad, cuando en realidad había necesidad de aumentar los niveles de cobertura del banco y absorber la pérdida de valor de elementos del activo. Esta información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la demandante, en su condición de inversora. Este daño consistió en la pérdida total de la inversión por la decisión de las autoridades de supervisión de proceder a la total amortización del capital de Banco Popular y simultáneo incremento de capital del mismo para ofrecer su compra en subasta restringida (operación acordeón) adjudicada a BANCO SANTANDER, S.A. Se aprecia dicho nexo causal porque, aun cuando la demandante admite que decidió comprar acciones de una entidad con problemas de liquidez, la situación del banco era mucho peor que la reflejada en sus cuentas y el problema de liquidez suponía, en realidad, un grave problema de viabilidad de la entidad. La existencia de dudas en el mercado sobre la aparente solvencia del banco, reflejadas en las comunicaciones dirigidas por la entidad a la CNMV, detonaron en una retirada masiva de depósitos cuando la auditora externa, después de operado un cambio en el órgano de dirección de Banco Popular, comunicó la necesidad de incrementar determinadas provisiones. Si bien estos cambios no tenían, en relación a la magnitud de los valores del

banco, relevancia suficiente para justificar una situación de iliquidez absoluta, representaban la confirmación de que las estimaciones empleadas por la sociedad no estaban correctamente ajustadas y ello desembocó en la retirada masiva de depósitos a la que alude la demandada. Desde la perspectiva de la demandante, esta información inexacta se encuentra causalmente conectada con el daño sufrido en dos ámbitos: porque su decisión de invertir se basó en un estado del banco que no se correspondía con su imagen fiel; y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la falta de ajuste de los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad provocó que la clientela retirara los fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando a Banco Popular en situación de inviabilidad actual o inmediata (Fail or Likely to Fail, FOLF). "

En todo caso, lo importante es examinar si el inversor o comprador de las acciones, podía creer que lo hacía de un entidad solvente como se indicaba en el folleto elaborado, por mucho que se indicase en el mismo los riesgos existentes, pero que en ningún caso se mencionaban los riesgos graves que acontecieron un año después y que los administradores no podían ignorar, y lo cierto es que no tenía dicha solvencia, aunque pueda finalmente decirse que los estados contables estuvieron correctamente elaborados, pues si en un año ocurre lo relatado la entidad tenía una solvencia más que dudosa, por lo que resulta claro el error de los inversores.

Debe señalarse que tal razonamiento ha sido avalado por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero del 2016

“QUINTO.- Decisión de la Sala. La sentencia recurrida no ha hecho una aplicación incorrecta de los "hechos notorios".

1.- La recurrente distorsiona el contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que esta no afirma que sea notorio que la situación financiera de Bankia no se correspondiera con la real cuando salió a bolsa y que el folleto de la oferta pública de suscripción adoleciera de falta de veracidad en su contenido. Lo que afirma la Audiencia es que "resulta prueba bastante acreditativa" de tal extremo.

2.- Por otra parte, el recurso a los "hechos notorios" no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia.

Es de plena aplicación la doctrina contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en la que afirmamos:

"153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria non egent probatione [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003 ; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" .

"154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera

general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

"155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba".

Pues bien, como hemos visto, no sólo es notoria la situación financiera de Bankia, por ejemplo, por las noticias publicadas en la prensa, sino por las resoluciones administrativas publicadas en el BOE."

Y sigue diciendo dicha sentencia con relación a las presunciones que

"1.- Como acertadamente pone de relieve la parte recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial no acude a las presunciones judiciales para llegar a la conclusión de la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente se encontraba Bankia cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se reflejaba en el folleto que a tal efecto emitió. Lo que hace la Audiencia Provincial es tomar en consideración una serie de hechos (la inspección del Banco de España llevada a cabo en diciembre de 2010, la sanción impuesta a la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, la intervención del Banco de Valencia en noviembre de 2011, el informe de la Autoridad Bancaria Europea que fijaba en 1.329 millones de euros las necesidades de capitalización de Bankia tan solo tres meses y medio después de culminada la oferta pública de suscripción de acciones, y la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 que fueron presentadas a la CNMV en mayo de 2012 en las que se recogían unos beneficios de más de trescientos millones de euros, frente a las pérdidas de unos tres mil millones de euros que resultaron de la formulación de dichas cuentas tan solo veinte días después), valorarlos y sacar las conclusiones que considera adecuadas.

2.- Asimismo, la Audiencia Provincial ha valorado determinadas pruebas, como son los informes de los peritos judiciales, técnicos del Banco de España, designados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 en el proceso penal que se sigue contra los directivos de Bankia. Es por ello que, en el desarrollo del motivo, Bankia ha criticado severamente la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. Pero esto no hace sino confirmar que la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial (que los datos que contenía el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenían graves inexactitudes pues no recogían la verdadera situación patrimonial y financiera de Bankia, ni los beneficios realmente obtenidos) no lo ha sido mediante una presunción judicial, sino por la valoración de la prueba practicada y por la consideración conjunta de los datos fijados en el proceso."

Sentado cuanto antecede, debemos de abordar si concurrió en el presente caso error en el demandante que viciase de nulidad el contrato. El artículo 1.261 del Código Civil establece que no hay contrato sino cuando concurre, entre otros requisitos, consentimiento de los contratantes y existe el mismo cuando existe un acuerdo de voluntades sobre la cosa y la

causa que han de constituir el contrato. El consentimiento o el acuerdo de voluntades es el punto de partida ineludible en nuestro Código Civil, de tal forma que si no existe o está viciado, no existirá el contrato o podrá instarse su nulidad. Sin embargo, se ha venido aceptando que pueda surgir un contrato sin verdadera voluntad contractual en alguna de las partes, fundándose en la idea de responsabilidad negocial, de tal forma que cuando la disconformidad entre la declaración y la voluntad sea imputable a una de las partes, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe.

Por ello según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005, 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia".

Sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación, la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores, la cual deberá tomarse en consideración para resolver el presente litigio.

Tal criterio ha sido avalado por diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 20 de enero del 2014 , en la que se apreciaba el error en el consentimiento por falta de información respecto de un "swap", producto financiero que, si bien, no es igual ni similar a la compraventa de acciones, cuando se trata de una oferta pública, el artículo 30 bis de la Ley de Mercado de Valores exige un información especial, como veremos, pues una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores.

Dice el Tribunal Supremo en dicha sentencia lo siguiente:

"6... La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la

medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto."

Y más adelante el Tribunal Supremo, tras una reseña general sobre el error en el consentimiento, se refiere a la relación entre el deber de información y el error vicio en los siguientes términos:

"Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que 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 .".

Y sigue diciendo que

"Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente."

Por lo tanto, a la vista de dicha moderna doctrina jurisprudencial que supera la concepción tradicional en la contratación, aunque se refiere a un producto financiero distinto al objeto de este litigio, en atención, bien a determinados sujetos o bien en atención al objeto contratado, toda la argumentación del recurrente sobre la doctrina general del error en el consentimiento, como sobre la carga de la prueba debe ser rechazada.

El artículo 2 de la Ley 24/1998 de 28 de julio incluye las acciones de sociedades como instrumento financiero comprendido en su ámbito de aplicación.

Su artículo 30 bis, incluido entre los que regulan el mercado primario de valores, disciplina la oferta pública de venta o suscripción de acciones, que define como "toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores".

"2. No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Reglamentariamente, se establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas".

Los artículos 26 y siguientes de la misma Ley regulan los requisitos de información para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial, entre ellos la aprobación y registro de un folleto informativo que contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente

información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

Y en el artículo 28.1 se establece que la responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Por lo tanto, el cumplimiento del deber de información corresponde a la parte demandada, comprendiendo toda la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores de que se trate, debiendo destacarse que el artículo 28-2 de la LMV exige que el actor del folleto informativo debe declarar que los datos son conformes a la realidad y que no se omitan hechos que por su naturaleza pudiera alterar su alcance. Lo cual a su vez resulta indiferente que tal folleto haya sido o no aprobado por el supervisor administrativo, pues, en todo caso, la responsabilidad en la emisión del folleto y en su contenido corresponde a la entidad que realiza la oferta pública de acciones.

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 o en la retirada masiva de depósitos, 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, pudiera evitar tal error, pues dependía exclusivamente de la información veraz que debía entregar la demandada.

Por lo tanto, habiendo quedado demostrada la existencia de un error esencial en el consentimiento otorgado por el demandante cuando suscribió el contrato de compra de acciones impugnado, la anulabilidad del contrato de adquisición de acciones debe ser estimada, pues el error era excusable y recae sobre un elemento esencial del mismo, la solvencia de la sociedad, que de haber llegado a conocer la auténtica situación económica y financiera de la entidad financiera demandada, no hubiese invertido su dinero en la compra de sus acciones.

Y esta apreciación ha sido también confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada y en otra de la misma fecha cuando establece lo siguiente:

3.- De acuerdo con el art. 30.bis de la Ley del Mercado de Valores, "[u]na oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores".

El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de

4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

El art. 27.1 de la Ley del Mercado de Valores prevé:

"El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible".

Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse a quienes la información le llega a través de empleados de la sucursal en la que tienen abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes indicadas, 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 el demandante, que no tiene otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tiene otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores."

SEGUNDO.- Por lo que respecta a las acciones adquiridas el 7-1-13, 11-4-13, 17-6-13, 29-7-13, 17-9-13, 15-3-12, 5-12-12 y 15-6-13, se comparten los razonamientos expuestos en la SAP de Madrid, Sec. 20ª, de 22 de octubre de 2020, al examinar la adquisición de acciones en la ampliación de 2012, declara lo siguiente:

"el criterio ... que viene manteniendo esta Audiencia Provincial, siendo reiteradas las sentencias que en supuestos idénticos al de autos y examinando las mismas pruebas como las que han sido aportadas a los presentes autos, han concluido sobre la falta de acreditación de que la información financiera suministrada en el folleto informativo de la ampliación de capital de 2012 no fuera exacta o verdadera. A estos efectos, podemos citar la sentencia núm. 88/2020, de 9 de marzo (Sec. 8ª), que se remite a su vez a las dictadas el 20 de enero de 2020 por la Sección 9ª, y el 16 de septiembre de 2019 por la Sección 14ª, en las que se razonó que "partiendo de la prueba documental aportada por ambas partes, los informes periciales

contradictorios, y la escasa luz que aportan sobre la situación financiera y patrimonial de la entidad bancaria en la fecha en que se llevó a cabo la oferta pública de venta de las acciones en el año 2012, debe llegarse sobre esta cuestión a las mismas conclusiones que se recogen en la sentencia apelada", y que " en el año 2012, no cabe concluir como se alega, tanto en la demanda como en el escrito de apelación, que las cuentas y estados financieros de la entidad bancaria estuvieran distorsionados, y que no representarían la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial de la entidad bancaria, que pueda llevar a entender que indujeron a error al actor a la hora de concurrir a esa ampliación de capital". Asimismo, la sentencia núm. 252/2020, de 8 de junio (Sección 9ª), concluye que, respecto a la ampliación de capital del año 2012, no se ha demostrado que el folleto o las cuentas no reflejasen la imagen fiel de la compañía; sentencia núm. 131/2020, de 3 de junio (Sección 19ª); sentencia núm. 51/2020, de 17 de febrero (Sección 12ª), entre otras muchas.

Por tanto, siguiendo el criterio que mantiene esta Audiencia, una vez examinadas las pruebas aportadas a la litis, debe concluirse que no ha quedado demostrada la inexactitud o falta de correspondencia de las cuentas anuales de Banco Popular y del folleto de emisión relativo al ejercicio 2012. A este respecto, se observa que la demanda se fundamenta en lo acontecido en 2016 y años posteriores, siendo escasa la argumentación ofrecida en cuanto a la ampliación de 2012; sin que el dictamen pericial aportado como documento nº 39 permita considerar acreditado dicho extremo pues se parte de meras conjeturas para aseverarlo, con referencias genéricas a la crisis financiera internacional de 2007, al intento de Banco Popular de salir por sí solo de dicha crisis, cometiendo el error de adquirir en 2012 Banco Pastor (entidad que había suspendido en las pruebas de estrés realizadas en 2011 por EBA) a través de un intercambio de acciones que valora a Banco Pastor en unos 1.300 millones de euros, si bien poco después el propio Banco Popular reconoce que Banco Pastor tenía a un valor negativo entre -500 millones de euros y -1.400 millones de euros, concluyéndose en base a ello que, desde ese momento (2012), se producen grandes distorsiones del balance de Banco Popular, presumiendo que las valoraciones de dicho balance eran incorrectas por las necesidades constantes de capital, con la realización entre 2012 y 2016 de 40 ampliaciones de capital, si bien se reconoce que con las macro-ampliaciones realizadas en 2012 y 2016, Banco Popular captó 5.000 millones de euros (2.500 millones en cada una), y que en las pruebas de estrés realizadas por la EBA en 2010, 2011, 2014 y 2016, Banco Popular superó dichos exámenes, sin que se detectaran problemas financieros en la entidad; añadiendo que solamente en el año 2012 y dentro del ejercicio de cuantificación de necesidades financieras en nuestro país, Eloy detectó, en un escenario adverso, una necesidad de capital de 3.200 millones en Banco Popular, que fue cubierto por la propia entidad mediante una ampliación de capital de 2.500 millones y otras medidas adicionales de generación de liquidez. Se advierte, pues, que el informe pericial aportado por la actora parte de meras conjeturas o suposiciones y no de una realidad contrastada; resultando insuficiente para dar por probado que en la ampliación de 2012 Banco Popular no ofreciese una imagen fiel de su situación económica y financiera. Tampoco cabe presumir que así fuera examinando lo acontecido cinco años más tarde, a raíz de la intervención por el FROB.

Por tanto, la inexactitud de las cuentas anuales de la compañía y del folleto de emisión relativo al ejercicio 2012 a que se refiere este motivo es más una hipótesis que una certeza; por lo que no puede darse por acreditada, con la consiguiente desestimación de la declaración de nulidad de la compra de acciones en la ampliación de capital de 2012, e igualmente, según todo lo ya considerado, de las acciones de responsabilidad ex art. 38, 124 de la LMV y 1.101 del CC, ejercitadas de forma subsidiaria”.

También la SAP de Guipúzcoa, Sec. 2ª, de 29 de julio de 2020, expone:

“En cuanto a las adquisiciones de acciones realizadas en los años 2010 y 2012, debemos señalar en primer lugar que la responsabilidad por defectos informativos del folleto regulada en el artículo 38 TRLMV no resultaría en ningún caso de aplicación a las operaciones de compra de acciones efectuadas en el año 2010, antes por tanto de la publicación del folleto de la ampliación de capital de 2012 y, en cualquier caso, consideramos también que, tratándose en todos los casos de operaciones efectuadas en el mercado secundario, la responsabilidad a exigir no es la prevista en el artículo 38 citado, sino la regulada en el artículo 124 TRLMV, es decir, la responsabilidad por la información financiera anual y semestral exigible frente al emisor en los supuestos de adquisición de acciones en el mercado secundario, para cuya prosperabilidad resulta preciso acreditar que la información a la que se hace referencia en los artículos 118 y 119 TRLMV (informe financiero anual, informe de auditoría, informes semestrales) publicada por Banco Popular entre los años 2010 y 2012 no reflejaba la imagen fiel de la sociedad. Para intentar acreditar este extremo la actora aporta el informe confeccionado por los peritos Sres. Mario, Matías, Maximino y Joaquín, en el que se describe la política financiera desarrollada por Banco Popular a partir del ejercicio 2008 como arriesgada, pues consistió en apostar por un aumento crediticio a favor de sus clientes históricos, familias y Pymes, colectivos estos muy perjudicados por la crisis económica de esos años, sin tener en cuenta el elevado riesgo que ello suponía, lo cual derivó según los peritos en un aumento espectacular de los créditos morosos y de los activos inmobiliarios dudosos, al tiempo que la entidad acusaba de un problema de escasez de dotaciones de los créditos de morosos o cuentas a cobrar, y de un problema de acumulación de activos tóxicos, lo cual lleva a los peritos a concluir que ya desde el año 2008 las cuentas de la entidad reflejaban una imagen de solvencia que no se correspondía con la realidad, porque los créditos morosos no estaban adecuadamente provisionados y porque los activos inmobiliarios se mantuvieron en las cuentas con una valoración muy superior a la de mercado, que no fue reajustada ni corregida. Consideramos no obstante que el hecho de que Banco Popular optara en el año 2008 por una determinada estrategia financiera que con el transcurso de los años se reveló como inadecuada y perjudicial tanto para la entidad como para sus accionistas no constituye base probatoria suficiente para afirmar que ya desde el año 2008 las cuentas del Banco reflejaran una imagen distorsionada o que adolecieran de desajustes de entidad suficiente como para ofrecer a los eventuales inversores y a sus accionistas una imagen irreal de fortaleza y solvencia. Por el contrario se desprende del propio dictamen pericial de la parte actora que el desfase grave entre la imagen que ofrece la entidad en sus cuentas y la realidad de su situación se produce realmente a partir del año 2013, y tras la adquisición por Banco Popular de Banco Pastor entre los años 2011 y 2012, con un consiguiente incremento significativo de activos inmobiliarios improductivos entre los años 2012 y 2013, y un importante desajuste a partir del ejercicio 2013 entre el aumento de la morosidad y el correlativo descenso de las provisiones de créditos morosos. Resulta en este sentido significativo que las cuentas del ejercicio 2012 reflejasen pérdidas, pues precisamente como consecuencia del resultado del test de esfuerzo realizado a la entidad y del consiguiente informe de la entidad Oliver Whyman, la cobertura de créditos morosos se incrementó en ese ejercicio. También debe tenerse en cuenta que la autoridad administrativa no detectó ninguna irregularidad en las cuentas del Banco correspondientes a los años 2008 a 2012 ni se adoptó en ese periodo temporal ninguna decisión de reexpresión de cuentas por parte del Consejo de Administración de la entidad, como sí ocurrió respecto de las del ejercicio 2016. Ciertamente la empresa auditora PwC fue sancionada administrativamente por resolución de 26 de febrero de 2016 por la comisión de dos infracciones graves previstas en el art. 34.b) del TRLAC en relación a los trabajos de auditoría de las cuentas individuales de la entidad demandada del ejercicio 2012, por incumplimiento de la normativa de auditoría susceptible de tener un efecto significativo sobre el resultado de su trabajo, pero en todo caso esta sanción se refiere únicamente al informe de auditoría relativo a las cuentas del ejercicio 2012, pero no a los

ejercicios anteriores, y debemos recordar además que la adquisición de acciones efectuada por los actores hoy apelantes en noviembre de 2012 se produjo cuando aún no se habían formulado las cuentas del ejercicio 2012. En definitiva, no apreciamos que la información publicada por la entidad Banco Popular en los años 2010 y 2012 no reflejase la imagen fiel de la entidad ni que concurran por tanto los presupuestos necesarios para la prosperabilidad de la acción de responsabilidad del emisor ejercitada respecto de las operaciones de compra de acciones realizadas en esos años.”

Los criterios de las dos resoluciones citadas se aceptan por este tribunal con la consecuencia de desestimar tanto la petición de anulabilidad de la adquisición de acciones en las fechas antes mencionadas, como la petición de indemnización de daños y perjuicios desde la adquisición de esas acciones pues esta segunda también se basa en una deficiente información por parte de la entidad que no ha quedado acreditada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art 394 LEC y al ser estimada parcialmente la demanda cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. [REDACTED] en nombre y representación de D. Antonio [REDACTED] y D^a Carmen [REDACTED] contra BANCO DE SANTANDER SA y debo declarar la nulidad del contrato de compra de acciones suscrita por la parte actora [REDACTED] y BANCO POPULAR (hoy BANCO SANTANDER) el 20 de junio de 2016 y el 16 de septiembre de 2016 y en consecuencia condeno a BANCO SANTANDER SA a abonar a la actora la suma de 2.895,90 €, más el interés legal del dinero desde la fecha de su adquisición hasta su efectiva devolución, debiendo la demandante restituir los dividendos en su caso obtenidos, y ello sin hacer expresa condena en costas.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal (artículo 455 LEC), dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LEC).

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15^a de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANCO SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente nº 4084/0000/02/0909/20 indicando, en el campo “concepto” el código “02 Civil-Apelación” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en esta oficina Judicial, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado/a-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia; doy fe, en Valencia, a cinco de mayo de dos mil veintiuno.