

SAP Pontevedra 382/2020, 17 de Septiembre de 2020

Ponente: JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO

Número de Recurso: 243/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 382/2020

Fecha de Resolución: 17 de Septiembre de 2020

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 6ª

Id. vLex VLEX-851273845

Link: <https://app.vlex.com/#vid/851273845>

Texto

Contenidos

- Primeiro
- Segundo
- Primeiro
- Segundo
- Terceiro
- Cuarto
- Quinto
- Sexto
- Sétimo
- Oitavo
- Noveno
- Décimo
- Décimo Primeiro
- Décimo Segundo
- Décimo Terceiro
- Décimo Cuarto
- Décimo Quinto
- Décimo Sexto
- Décimo Sétimo
- Décimo Oitavo

Sentencia citada en: una sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00382/2020

Modelo: N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Teléfono: 986817388-986817389 Fax: 986817387

Correo electrónico: seccion6.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: BN

N.I.G. 36057 42 1 2019 0005099

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000243 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de VIGO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000380 /2019

Recurrente Recurrido: BANCO SANTANDER, S.A., Leopoldo

Procurador: GEMMA ALONSO FERNANDEZ, MARIA ROSA MARQUINA TESOURO

Abogado: PABLO LORENZO SARMIENTO, MARIA ROSA MORALES IGLESIAS

A Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en Vigo, composta polos maxistrados

A. JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente, D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO e D. JOSÉ FERRER GONZÁLEZ, pronunciou

NO NOME DO REI

a seguinte

SENTENZA Nº 382/20

Vigo, dezasete de setembro de dous mil vinte.

VISTOS en grao de apelación, ante a Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra, os autos do xuízo Ordinario 380/19 procedentes do Xulgado de 1ª Instancia Núm. 10 de Vigo ós que correspondeu o rolo 243/20, nos que aparece como parte apelante-apelado e demandante D./D.ª Leopoldo, representada polo/a procurador/a D./D.ª Mª ROSA MARQUINA TESOURO e asistida do/da letrado/a D./D.ª Mª ROSA MORALES IGLESIAS, e como parte contra da que se apelante-apelado e demandada BANCO SANTANDER S.A., representada polo/a procurador/a D./D.ª GEMMA ALONSO FERNÁNDEZ e asistida do/da letrado/a D./

D.ª PABLO LORENZO SARMIENTO .

É o maxistrado relator D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, quen expresa o parecer da Sala.

I. ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro

O Xulgado de 1.ª Instancia Núm. 10 de Vigo, con data do 16 de xaneiro de 2020, ditou unha sentenza coa seguinte parte dispositiva:

"ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por D. Leopoldo DEBO DECLARAR Y DECLARO LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN de nulidad ejercitada respecto de la compraventa de acciones de adquisición de acciones del Banco Popular, en ampliación de capital el 14, 21 de noviembre y 5 de diciembre de 2012, DESESTIMANDO la pretensión indemnizatoria ejercitada con carácter subsidiario.

Al mismo tiempo, SE DECLARA LA NULIDAD de la adquisición de acciones de Banco Popular -orden de valores para la adquisición de 2.197 acciones suscrita 20 de junio de 2016, DEBIENDO LAS PARTES RESTUIR RECIPROCAMENTE LAS PRESTACIONES, CONDENANDO A LA DEMANDADA a devolver al actor la suma invertida-3.932,50 euros-más los intereses legales desde la fecha de la adquisición, debiendo éste reintegrar a la demandada, los valores adquiridos, con los rendimientos obtenidos

en su caso, más los intereses desde su percepción. No se hace declaración de condena en costas."

Segundo

Contra a dita sentenza o/a procurador/a D./D.^a M^a ROSA MARQUINA TESOURO e D^a GEMMA ALONSO FERNÁNDEZ en las representacións que teñen acreditadas nesta instancia, presentaron uns recursos de apelación, que foron admitidos en ámbolos efectos, consonte o disposto no artigo 455 da Lei de axuizamento civil (LAC).

Logo de cumpri-los trámites legais, eleváronse as presentes actuacións á Audiencia Provincial de Pontevedra e correspondéronlle por quenda de reparto a esta Sección Sexta con sede en Vigo. Sinálase para a deliberación do presente recurso o día 3 de setembro de 2020.

I. FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro

A sentenza ditada en primeira instancia contén unha dobre pronuncia. Por unha banda, rexeita a demanda na que se solicitaba -principalmente- a declaración de nulidade das catro adquisicións de accións do Banco Popular, S. A., realizadas nos meses de novembro e decembro de 2012, ao apreciar a caducidade da acción exercitada, ex artigo 1301 do código civil. E por outra, estima a demanda de declaración de nulidade das dúas compras de accións da mesma entidade bancaria, efectuadas en xuño de 2016, ao estimar que o folleto de ampliación de capital referido a este ano non expresaba unha imaxe fidedigna do Banco. E recurren esa dobre decisión, a primeira, o actor, e a segunda, o demandado, Banco Santander, quen reproducen en esencia nesta alzada a liña argumental respectivamente mantida na primeira instancia. Pois ben, por razón sistemáticas comezamos:A) Primeiramente, polo exame da caducidade da acción de nulidade referida á operación de 2012. B) E, en segundo termo, e como rexeitamos que esa acción estea caducada -xa adiantámolo-, por facer un tratamento, á par, individualizado e conxunto (pola similitude dos supostos), sobre a problemática de se os respectivos folletos de ampliación de capital dos anos 2012 e 2016 reflectaban ou non a imaxe económica financeira do Banco neses dous intreos.

Segundo

Con respecto á acción de nulidade da compra de accións realizada no ano 2012, a sentenza de instancia acolle a caducidade, partindo do momento da consumación do contrato, a teor do artigo 1301 do código civil, obviando que ao carón dese intre,

debe atenderse, igualmente e en obrigada concurrencia, á data de que se saia da equivocación, pois tan s3n producido este feito, a acción poder3a exercitarse, por coñecer o contratante o erro inicialmente padecido, de conformidade cos artigos 1968, in fine, e 1969 do mesmo texto legal, e da doutrina xurisprudencial que interpreta e aplica esta normativa (Sentenza do Tribunal Supremo, do Pleno, de 19 de febreiro de 2018, e as de 17 de xuño de 2016 e 26 de xuño de 2019).

Pois ben, partindo deses postulados, e volcados sobre unha operación como esta, de adquisición de accións, se ben 3 certo que a consumación contratual prodúxose no intre das compras, ao realizarse as correspondentes e rec3procas prestacións entre as partes, da entrega das accións e do pagamento do prezo, a sa3da do erro inicialmente padecido -erro que damos por acreditado, como logo veremos- prodúxose en cambio tempo despois, de tal maneira que dende este novo punto referencial a acción non estar3a caducada.

Concretando aínda máis o intre de referencia para o comezo da conta do prazo de catro anos, o mesmo debemos atopalo, non na fluctuación, á baixa ou á alza, das accións, sen3n cando o demandante coñece a situación real e desfavorable da entidade emisora dos t3tulos. Por decilo doutro xeito, o erro non se produce ao intre da celebración do contrato, nin nos intres posteriores, de oscilacións de valor das accións, pois este fenómeno oscilante 3 algo connatural a este tipo de operacións, de compra de valores de rendibilidade variable, sen3n cando se vence o erro sobre o estado financeiro do Banco, que por ser distinto e moito peor que o anunciado ao tempo da ampliación de capital e oferta das accións, confunde ao cliente e indúcelle razoable e confiadamente a un investimento carecente de soporte económico real, pois a situación do Banco emisor

non era tan pracenteira como se noticiaba. O erro provén da falta de información da situación certa, que por postularse moito máis favorable que a existente, moveu o consentimento do subscritor, quen descubriu o desviado comportamento da entidade bancaria co paso do tempo.

Como reseña a sentenza do Tribunal Supremo de 9 de xuño de 2017 o día inicial do cómputo do prazo de caducidade prodúcese cando se ten coñecemento dalgunha circunstancia negativa relacionada co investimento, de xeito que o cliente, cunha dilixencia razoable, poida prantexarse se, ao contratar, tiña emitido o seu consentimento de maneira viciada. E en idénticos termos se expresan as sentenzas de 12 de xaneiro de 2015 e 9 de maio de 2018, que malia que referidas a productos bancarios de complexidade, da que non participan evidentemente as accións, resultan aplicables en canto que proclaman como dies a quo, sempre e sen excepcións, a sa3da do erro, que neste suposto recae sobre a situación económica da entidade bancaria emisora das accións.

O relevante 3 ent3n o coñecemento, ora do produto -non 3 o caso pois as accións non son productos complexos-, ora da operación -neste suposto a ampliación de capital coa emisión das accións-, cos seus respectivos riscos. Faise preciso, por tanto, examinar cada caso concreto pois, reiterámolo, o importante 3 que a persoa que padeceu o erro estea en condicións de coñecer que incurriu nel, nun erro que ten ser, en fin, excusable, e ao que son proclives, precisamente, os pequenos inversores.

En efecto, esta condición de pequeno inversor, como a que ten o demandante, fai que o seu erro sexa máis disculpable, comparativamente co que pode acontecer con outros inversores máis calificados, dado que aqueles primeiros carecen doutros medios -que non sexa o folleto- para obter información sobre os datos económicos que afectan á sociedade cuxas accións saen a cotización e que son relevantes para tomar a decisión inversora.

Dacordo co artigo 30 bis da L. M. V. "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».

O folleto que exige a normativa sobre o mercado de valores nos casos de ofertas públicas de subscripción de accións (arts. 26 e seguintes da Norma anterior, e 16 e seguintes do Real Decreto 1310/2005, de 4 de novembro), ten por finalidade, xustamente, informar aos potenciais inversores sobre a conveniencia de subscribir as accións que se ofertan, por ter a sociedade unha saneada situación patrimonial e financeira e unha expectativa fundada de obter beneficios, para que poidan formar o seu consentimento co pleno coñecemento de causa, ou sexa, con conciencia dos elementos esenciais e os riscos que poden afectar previsiblemente á acción obxecto da oferta pública.

Pois ben, non fan falla especiais reflexións para rematar que se a situación económica reflectada no folleto non contiver as graves inexactitudes, ás que deseguido aludiremos, e expresara, pola contra, a situación económica real e máis crítica, este último e normativo actuar habería disuadido a realizar o investimento a pequenos inversores, que non teñen máis interese que a rendibilidade económica derivada da obtención e reparto de beneficios pola sociedade emisora e a revalorización das accións, e que non posúen ordinariamente outro instrumento de información ó seu alcance, insistimos, que o folleto da oferta pública.

O demandante actuou guiado por un erro esencial e excusable, ao confiar con lóxica que o folleto describía a verdadeira situación da entidade, como era normativamente mandado, ata que superou ese erro cando enterouse de que as accións tiñan un valor cero, nun proceso de desvalorización que tiña a súa orixe, exactamente, na nefasta situación económica real e ocultada, coñecemento do erro que situamos no día 7 de xuño de 2017, no que dítase a decisión da Xunta de Unidade de Resolución do Banco de Europa, executada polo FROB nesa mesma data.

En coincidencia argumental coa sentenza da Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de data 25 de febrero de 2020, "... es cierto que las operaciones que se cuestionan se refieren a la acción, producto no considerado complejo, pero no puede obviarse que, como se razona en la resolución apelada, la amortización de las acciones y consiguiente pérdida de su valor no tuvo por causa la normal operativa del mercado bursátil, con sus eventuales ganancias o pérdidas, sino la situación en que llegó a encontrarse BANCO POPULAR S.A, y que motivó la adquisición de su capital por otra entidad y la amortización de las acciones. No puede, en consecuencia, situarse el inicio del plazo de caducidad de la acción en un

momento anterior al que se señala en la resolución apelada, al representar el momento en que la actora pudo conocer la pérdida que sufría".

O criterio que mantemos aparece xa recollido nas sentenzas desta Sala de 13 de febreiro (tribunal unipersoal), 22 de xuño e 9 de xullo de 2020. Así como da Sala 1ª desta mesma Audiencia, de data 25 de maio de 2020.

Igualmente, as sentenzas de 8 de xuño de 2020 (AP de Madrid, Sección 9ª), 27 de maio de 2020 (AP de Madrid, Sección 10ª), 6 de maio de 2020 (AP de Madrid, Sección 14ª), 13 de abril de 2018 (AP de Madrid, Sección 13ª), 3 de maio de 2018 (AP de Valencia, Sección 8ª), 1 de febreiro de 2018 (AP de Valencia, Sección 9ª), e 9 de marzo de 2020 (AP de Madrid, Sección 8ª).

En resumo, o erro non se engarza coa natureza das accións -producto efectivamente non complexo-, como manteñen de maneira equivocada, ao noso xuízo, as resolución dos tribunais que seguen a tese contraria, senón coa verdadeira situación económica da entidade bancaria ao tempo de emisión das accións, e reflectada artificialmente no folleto informativo. E tan só comeza o prazo de caducidade no día que sáese del.

Nós, como a maioría das sentenzas anteriormente citadas, situamos ese día no 7 de xuño de 2017, do acordo de resolución da XUR, aínda que outras resolución partan do último trimestre de 2016, ou da comunicación do feito relevante, de 3 de abril de 2017.

Terceiro

En realidade, a cuestión de lite xira sobre un único extremo: Se os folletos informativos das dúas ampliacións de capital, dos anos 2012 e 2016, reflectaban ou non á sazón unha imaxe fidedigna da entidade.

Atopámonos, en definitiva, ante un problema de proba, que debemos resolver partindo das regras que sobre a carga da proba sanciona o artigo 217 da L. A. C.. E sendo verdade que dunha primeira ollada deste precepto podería inicialmente colexirse que a acreditación do feito, de que o folleto non representaba a imaxe fidedigna do Banco, incumbiría ao demandante, pois nese feito ampara o erro no consentimento desencadenante da nulidade contractual, os postulados de dispoñibilidade e facilidade probatorias, que reseña igualmente o artigo, relativizan aquel primeiro criterio. A complexidade e enormidade de operacións e datos contables, propios de toda entidade bancaria, unido á condición de minorista, e legañesa materia, dos clientes, conducirían á exixencia dunha proba diabólica ou de práctica imposible realización por parte destes últimos, se ao dito engadimos, en fin, as esperadas renuencias da entidade bancaria a unha indagación contable allea, exhaustiva e coa subministración de todo o soporte documental necesario. A exixencia probatoria ao actor debe quedar moi matizada e mitigada por causa daqueles principios. En todo caso, e aínda que sigamos o posicionamento probatorio do demandado, consideramos que existen na lite probas directas e datos indiciarios

dabondo, demostrativos de que os folletos reflectaban unha imaxe distorsionada da súa verdadeira situación economicofinanciera, moito peor da anunciada.

Por outra banda, o problema de se os folletos dan unha imaxe fidedigna da situación económica do Banco demandado xa aparece resolto por numerosas sentenzas ditadas polos tribunais, e que apreciaron a falta de información con fundamento nunhas probas que son lóxica e esencialmente coincidentes coas que se achegaron a esta lite (Sentenzas da AP de Barcelona, Sección 11ª, de 18-6 e 1-10-2019; da AP de Alava, Sección 1ª, de 17-6 e 11-11-2019; da AP de Xirona, Sección 2ª, de 14-10-2019; d AP de Barcelona, Sección 1ª, de 9-12-2019; da AP de Granada, Sección 4ª, de 29-11- 2019; da AP de Oviedo, Sección 5ª, de 11-11-2019; da AP de Valladolid, Sección 3ª, de 8-11-2019; da AP de Madrid, Sección 20ª, de 6-11-2019; da AP de A Coruña, Sección 3ª, de 15 e 30-10-2019; da AP de A Coruña, Sección 5ª, de 11-9-2019; e da AP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22-10 e 21-11-2019).

Tamén as dúas sentenzas desta Sala, da mesma data, de 22 de xuño de 2020, ditadas nos rolos de apelación números 631 e 856 de 2019.

Finalmente, e dada a lóxica transcendencia que as probas periciais solen ter nestes casos, facemos unhas consideracións sobre a natureza e alcance das mesmas e a súa toma en consideración polos tribunais.

En primeiro termo, todo informe pericial, tamén o de parte, se rixe polos postulados de veracidade e obxectividade, é dicir, e empregando a propia expresión do artigo 335. 2 da L. A. C., o perito debe tomar en consideración tanto o que poida favorecer como o que sexa susceptible de causar prexuízo a calesquera das partes.

É verdade, en segundo lugar, que o artigo 347. 1-5º permite a crítica do ditame da parte contraria, pero este labor debe acometerse sen separarse obviamente dos dous criterios anteriores, e semella incluso que a norma defíreo ao intre do xuízo.

En terceiro lugar, e con independencia dos coñecementos teóricos e prácticos que se requiren en todo perito, e deducibles da súa idónea titulación, a valoración de todo ditame pericial realizarase polo órgano xudicial dacordo coas regras da sana crítica, ou sexa, mediante unha operación intelectual destinada á correcta valoración das probas practicadas, a través da lóxica, as máximas de experiencia e os coñecementos científicamente afianzados.

E, en cuarto lugar, e no dilema, de resolución case nunca doada, de contraste de ditames periciais non exactamente coincidentes, e ata completamente contradictorios, sabido é que para decidirse, en todo ou

en parte, por un deles, temos que atender, ao carón do título, coñecemento e experiencia de cada perito, ao seu discurso. A capacidade de convicción do perito, que pode resultar inicialmente predecible da súa titulación, debe ir forzosamente acompañada dunha obxectividade e rigurosidade no argumentario que o faga fiable e convenza. Discursos ríxidos, pechados, reticentes ou ocultacionistas restan credibilidade ás pericias, contrariamente aos posicionamentos periciais abertos e receptivos.

Cuarto

Se atémonos ás pautas anteriores, resúltanos máis fiable -para decidir sobre se os folletos daban ou non unha imaxe certa do Banco, tanto para a emisión de accións do 2012 como do 2016- o informe pericial achegado pola parte actora, fronte aos aportados polo demandado, se temos en conta: A) Que o ditame deste último ten por obxecto "unha avaliación crítica" da pericia contraria, o que se confirma ao longo do informe, cunha descalificación xeralizada e indiscriminada da pericia do demandante. Non semella entón que se respecten as regras de todo informe pericial, cunha especie de pura réplica á pericia contraria, que requiriría en todo caso, e en igualdade de armas, da posibilidade dunha contrarréplica, que no caso axuizado non tivo lugar. B) Que a pericia da parte demandada magnifica, por unha banda, datos que apoian a tese da información correcta dos folletos, e silencia ou minimiza, en cambio, aqueles outros que desaproban ese posicionamento. C) Así, e sen prexuízo das consideracións e argumentos que logo iranse expoñer, o informe do demandado atribúe a resolución do Banco, non a unha situación de insolvencia, senón de mera falta de liquidez pola fuga de depósitos operada nos meses de maio e xuño de 2017, cando aquela situación crítica xa se tiña manifestado en decembro de 2016, tal como proclama o acordo de resolución da XUR de 7 de xuño de 2017, nunha declaración non contradita ou calada polos peritos. Se o Banco xa en decembro de 2016 pasaba por graves dificultades económicas, como indica este organismo, iso supuña, nas opcións legais, ou a presenza de perdas que esgotaron ou mermaron significativamente os fondos propios, ou que o seu activo era inferior ao seu pasivo, ou que se atopaba en situación de insolvencia. Deixamos este extremo para máis adiante. D) Négase unha materialidade nos desfaxes contables que aparece acreditada por outros instrumentos de proba, como a pericia contraria, ou o informe da CNMV ao que logo referirémonos. E) Se hipertrofia a influencia da nova normativa contable como causa dos desfaxes contables, cando iso non é así, como tamén analizaremos posteriormente. F) Se sostén a inaplicabilidade -que sería ilegal, engádesed os novos marcos normativos cando, con independencia da irretroactividade das leis, aqueles textos, por ser coñecidos coa suficiente antelación ás operacións de aumento de capital de 2012 e 2016, poideron -e deberon- terse en conta, para así informar procedentemente aos futuros subscritores das accións, que emprenden precisamente un investimento de futuro, dos novos e máis desfavorables escenarios. G) Se busca o fundamento da postura de que os folletos expresaban a imaxe fidedigna do Banco emisor das accións na supervisión contable e favorable da auditoría PwC, desprezando as sancións impostas a esta auditoría polas irregularidades apreciadas. Aínda máis, e a pesar das conclusións favorables da auditoría, o Banco tivo que rectificar as contas. H) Se omite que esta auditoría recoñece -escrito de 26 de maio de 2016- que procedeu a unha revisión "limitada" da contabilidade. I) Aínda que a parte demandada aporta finalmente un segundo informe pericial compresivo, non só da emisión de accións do 2016, senón tamén do ano 2012, esta última pericia centra practicamente todo o seu discurso naquela primeira operación, marxinando a segunda. E esta deficiencia, que non se aprecia en cambio no informe pericial achegado polo demandante, condúcenos, en unión dos

outros factores que acabamos de relatar, a dar preferencia ao informe pericial do actor, e moi especialmente para o caso da emisión de accións de 2012.

Quinto

Sen discutirse realmente polo demandado apelante o desfaxe contable habido no 2016 -que daría lugar, segundo el, a unha simple reexpresión das contas pois non habería materialidade-, o mesmo aduce en favor da súa postura: A) Que non pode ser fiable o informe pericial do demandante pois fai unha afirmación de inexactitude da imaxe plasmada no folleto, comparativamente coa real, con basamento en puras conxecturas, en contra das diversas auditorías realizadas en cada exercicio social, e sen coñecer a realidade contable do Banco, debidamente contrastada cos correspondentes soportes documentais. B) Que o desaxuste obedecía á nova normativa contable, moito máis exixente e previsor que a anterior. C) Que no propio folleto advertíase explícitamente das desfavorables circunstancias. D) E, en todo caso, que o desfaxe son sería significativo. Examinamos estas consideracións coa necesaria separación.

Sexto

O demandado fai un reproche á pericia contraria, por afirmar esta última que no folleto informativo dábase unha imaxe económico-financieira do Banco distinta e moito mellor que a real. Na versión da pericia do Banco, ao non ser examinada polos peritos da parte actora a contabilidade, coas correspondentes comprobacións de todo o soporte documental, estaríase formular unha afirmación puramente hipotética e non contrastada. Por outra banda, a afirmación da pericia do demandante aparecería desmentida polo instrumento comprobador, propio e específico, da bondade da contabilidade, como son as auditorías levadas a cabo por Pricewaterhousecoopersauditores, S. L. (no sucesivo, PwC), así como polas pertinentes medidas de control exercidas pola CNMV.

Sétimo

As formulacións do Banco carecen de consistencia xurídica dabondo dado que: A) O reproche de falta de exame da contabilidade e os seus soportes documentais sería igualmente extensivo a súa propia pericia.

- A. A postulada bondade daquela auditoría aparece contradita e desvirtuada polas sancións, económicas e inhabilitantes, impostas á mesma pola autoridade financeira competente. C) A recriminación ou censura realizada debe ser por lóxica maior para o demandado por razón dos xa devenditos postulados de facilidade e dispoñibilidade probatorias. D) A auditora PwC non reseña ningún

desfaxe, irregularidade ou "ênfase", cando o propio demandado reconece eses desfaxes, aínda que os tilde, interesadamente, de menores. E) En fin, no informe da auditoría, de data 26 de maio de 2016, se advirte expresamente da debilidade de dito informe, cando nel se indica que se tiña realizado "unha revisión limitada dos estados financeiros intermedios...", que comprende o balance de situación ao 31 de marzo de 2016, a conta de perdas e gañancias, o estado de ingresos e gastos coñecidos, o estado de cambios no patrimonio neto..."; que "os Administradores da Sociedade dominante son responsables da elaboración de ditos estados financeiros intermedios"; que "a nosa responsabilidade é expresar unha conclusión sobre estes estados financeiros intermedios baseada na nosa revisión limitada"; ou que "unha revisión limitada ten un alcance substancialmente menor que o dunha auditoría realizada dacordo coa normativa...". Ante tales e confesadas carencias as auditorías non poden ser nin orientadoras nin menos aínda decisivas na indagación de se o folleto representaba a realidade do Banco, cuestión esta última que, en último termo, non era obxecto das mesmas.

Por outra banda, a función que a Norma atribúe á CNMV acerca do folleto informativo non serve para afirmar que este reflectaba a imaxe real do Banco emisor das accións, dado o limitado alcance desa función. A CNMV soamente controla o cumprimento dos requisitos legais na vertente formal, non é un supervisor -alomenos inicialmente- de contidos propiamente ditos, sendo o emisor quen compila e facilita a información que o folleto contén. En expresión do artigo 38, párrafo penúltimo, da actual Lei de Mercado de Valores "a incorporación aos Rexistros da CNMV da información periódica e dos folletos informativos só implicará o recoñecemento de que aqueles conteñen toda a información requerida polas normas que fixen o seu contido e en ningún caso determinará responsabilidade da CNMV pola falta de veracidade da información en eles contida".

Por último, a invocación do Banco recorrente, do feito de que os distintos organismos e operadores financeiros deran o seu beneplácito - suposto- á operación de aumento de capital mediante a emisión e subscripción das accións, tan só podería estimarse como un elemento indicativo máis da verdadeira e favorable situación económico-financieira do Banco emisor, se o folleto reflectara a realidade, pero non se a distorsiona, como sucede no caso contemplado. O aserto sería expresivo desa favorable situación se o Banco cumprira coas regras contables, retratando entón de xeito preciso o estado certo da entidade, pero non cando a percepción allea, de profesionais e autoridades financeiras, veuse desfigurada, precisamente, polo incumprimento contable da entidade bancaria.

Oitavo

Se alega polo demandado recorrente que o cambio de normativa contable (a circular do BE 4/2016, en substitución da 4/2004), con maiores exixencias e cautelas, foi o artífice dos desfaxes, polo demáis, naturais e comúns para todas as entidades

bancarias afectadas. Máis esta alegación carece igualmente de soporte xurídico adecuado e do necesario substento probatorio.

A este respecto debemos puntualizar:

- A. Que eses cambios afectaban por igual a todas as entidades bancarias, e non temos constancia de que outros Bancos presentaran desfaxes por ese motivo, e de igual, semellante ou incluso menor calado. A parte demandada nin tan siquiera relata algún caso. B) Que o cambio normativo non implicaba unha descalificación dos criterios contables anteriores. C) Que aínda que partíramos das pautas contables establecidas pola normativa vixente ao tempo da ampliación de capital pola emisión de accións, o desaxuste existiría igualmente, tal como ven inferirse do ditame pericial da parte demandante. D) Que o Banco xa era coñecedor deses cambios antes desas operacións, e sen embargo non fixo constar nos folletos, coa necesaria claridade e especificidade, as consecuencias contables concretas derivadas do cambio.

Noveno

Admitindo obviamente que o postulado xeral é o da irretroactividade das leis, iso non xustifica que no folleto informativo non se advertira convenientemente dese renovado marco legal pois o certo é que se examinamos o folleto comprobamos que esa circunstancia se dulcifica e enmascara, mixturándoa con outros feitos. Detémonos neste punto.

O folleto informativo sobre o aumento de capital do ano 2016, baixo o rótulo de "incertidumes que poideran afectar aos niveis de cobertura", expresa como factores desa incerteza a entrada en vigor da circular 4/2016 o 1 de outubro de 2016. E advirte que ese escenario incerto, xunto ás características das exposicións do Grupo, aconsellan aplicar criterios moi estrictos na revisión das posicións dubidasas e inmobiliarias, que poderían dar lugar a provisións ou deterioros durante o exercicio 2016 por un importe de ata 4.700 millóns de euros, e engadindo, en fin, que de producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente perdas contables en torno aos 2.000 millóns de euros, así como que habería unha suspensión temporal do reparto de dividendos.

Pero a reseña vai acompañada destas outras:

- A. Que existen outros elementos de incerteza como o medramento económico máis feble do esperado había uns meses, a preocupación pola rendibilidade financeira, a inestabilidade política e a incertidume sobre a evolución dos procedementos xudiciais e reclamacións formulados contra o Grupo, e máis concretamente en relación coa cláusula solo. B) Que nembargantes a suspensión temporal do reparto de dividendos anticipábase a intención do Banco de reanudar o pagamento tan pronto como o Grupo informe de resultados consolidados trimestrais positivos en 2017. C) Que as perdas contables por

2.000 millóns de euros quedarían íntegramente cubertas polo aumento de capital.

Estimamos que ese texto conxunto do folleto informativo non colma as exigencias referidas á expresión real da situación económico-financieira do Banco xa que:

- B. A excepción da mención da influencia na contabilidade do Banco das reclamacións xudiciais e extraxudiciais en torno á cláusula solo (afirmándose, ademáis, que é remota a aplicación retroactiva da declaración de nulidade das cláusulas solo), descoñecemos, tanto a realidade mesma como a súa repercusión na situación contable do Banco, dos outros factores, de crecemento máis feble, inestabilidade política e preocupación pola rendibilidade financeira. B) Que as provisións de 4.700 millóns de euros para o exercicio 2016, así como de perdas contables por 2.000 millóns de euros se quedaban moi curtas. C) Que se anuncia, sen fundamento, un reparto moi próximo de dividendos para o ano 2017.

Das mencións que realízanse no folleto informativo de todos estes compoñentes coleximos que a propósito do Banco era, non contribuir con elas a dar unha imaxe o máis exacta posible da súa verdadeira situación económica, certamente pouco saneada, senón, precisamente, o de disfrazala, ao expresar e hipervalorar, por unha banda, causas futuribles e externas ao propio Banco, como supostamente distorsionadoras da contabilidade (preocupación pola rendibilidade financeira, feble crecemento, inestabilidade política...), e cuxa realidade e influencia contable non se acreditan - reiterámolo-, e relativizar e dulcificar, por outra, os problemas internos, graves e non precisamente coxunturais, como se postulan, dado que, e fin, estamos ante un problema estrutural e de capacidade negocial ou de cumprimento das obrigacións ao seu cargo, defecto que ven en realidade reflectar a paraxe que examinamos, cando de xeito elocuente di literalmente que co aumento de capital quedarían íntegramente cubertas as perdas esperadas de 2.000 millóns de euros "a efectos de solvencia". A superación das dificultades económico financeiras do Banco era a razón de ser do aumento de capital, e non a pura iliquidez, como se propugna na pericia da parte demandada.

Ademáis, e de seguirse o posicionamento da entidade bancaria, da influencia - profunda- das novas normas contables na imaxe fidedigna da mesma, poido -e debeu- en todo caso o Banco reflectar perfectamente no folleto as consecuencias contables desa incipiente normativa, con máis concreción e separadamente dos demais factores deformadores, pois tiña coñecemento do cambio dende meses antes ao anuncio de ampliación de capital.

A nova normativa era plenamente coñecida polo Banco antes de realizar a ampliación de capital. Consecuentemente, admitindo que non foran aplicables os novos criterios valorativos, iso non excluía que o Banco deba consideralos á hora de tomar o acordo de ampliación de capital, dada a trascendente -e confesada- repercusión dos cambios normativos sobre os resultados contables, decisivos para unha determinación certera da situación económico-financiera da entidade, e para o investimento de futuro dos subscritores das accións, con pleno coñecemento de causa. Expresado doutra maneira, sendo consciente o Banco do impacto dos recentes e máis prudentes criterios valorativos agora

establecidos, se o Banco quería esgotar o mandato lexislativo, de dar no folleto unha imaxe fidedigna do seu estado, debía facer, polo menos, a correspondente advertencia, e non de xeito xeral ou abstracto -que sí fixo-, senón cun cálculo prospectivo, aínda que for aproximativo, dos novos resultados contables por mor da recente normativa. A entidade emisora, sabedora de que esa novedosa normativa ía influir de maneira determinante na percepción da súa imaxe por parte dos potenciais subscritores das accións, debería formular no folleto, nun comportamento consecuente e leal, as dúas alternativas ou prantexarse os dous escenarios, o máis favorable e o máis adverso, como polo demais resulta usual no eido financeiro, pois, en fin, xa dispuña das novas pautas de contabilidade. Os folletos fan a referencia ao novo marco lexislativo, pero non sacan nin reseñan consecuencias económicas concretas que sirvan de orientación aos futuros subscritores das accións.

Por outra banda, as consecuencias contables e sobre a imaxe real da entidade non serían puramente hipotéticas, como se anuncia ("poderían dar lugar a provisións e deterioros"), nin puntuais ou coxunturais, senón certas, de calado, e derivadas, como logo veremos, dunha situación interna non saneada precisamente, ao demorarse indefinidamente unhas dotacións ou provisións que eran perentorias, inexcusables e urxentes para cubrir a morosidade dos clientes prestameiros, cada vez maior, e a desvalorización, igualmente crecente, dos inmobles dados en garantía dos préstamos hipotecarios.

En derradeiro termo, a normativa contable, a piques de entrar en vigor, máis exigente que a anterior e, conseguintemente, coa súa negativa repercusión sobre os resultados económicos do Banco, era de especial toma en consideración para unha operación que ía xurtir efectos, precisamente, cara o futuro, tal como se

describe o contido do folleto no artigo 37.1, parágrafo segundo, da LMV, texto refundido aprobado polo Real Decreto Lexislativo de 23 de outubro de 2015, cando nel se salienta que o folleto informativo deberá permitir aos inversores facer unha avaliación "... das expectativas do emisor...". E as expectativas de futuro dependían en grande medida dos novos criterios contables.

Décimo

Outro dos argumentos do demandado para soste que o folleto reflectaba a súa realidade económica e financeira fúndase en que procedeu a unha simple reexpresión das contas, e non a unha reformulación.

Verbo dos institutos da reexpresión e reformulación de contas efectuamos as seguintes consideracións, de utilidade para a resolución da controversia: A) É verdade que reexpresión e reformulación de contas son conceptos netamente diferenciados, pero non é menos certo que a multiplicidade de circunstancias, obxectivas (contitativas e cualitativas) e subxectivas (propósito fraudulento ou non por exemplo) que rodean unha situación de contabilidade errada, fan moitas veces difícil elixir entre unha e outra solución sanadora.

- A. En situación de dúbida sole optarse pola reexpresión das contas, sendo excepcional a reformulación, polo obvio desprestixio, entre outros motivos, que esta representa para a entidade, comparativamente con aquela primeira. C) A posibilidade de reformular as contas anuais aparece sancionada tanto no artigo 38 c) do Código de Comercio como no Marco Conceptual da Contabilidade do PXC, que, ao desenvolver o postulado de prudencia valorativa (deberán terse en conta todos os riscos, con orixe no exercicio ou outro anterior, tan pronto sexan coñecidos) indican que "excepcionalmente, se os riscos se coñeceran entre a formulación e antes da aprobación das contas anuais e afectaran de maneira moi significativa á imaxe fiable, as contas anuais deberán ser reformuladas". D) En conexión coas observacións anteriores, un elemento referencial para a reformulación de contas é o intre da advertencia do erro contable, que debe detectarse antes da aprobación das contas anuais. A reformulación procede cando se coñece e advirte un risco entre a formulación e a aprobación. E sempre e cando afecte de maneira importante, significativa á imaxe auténtica da entidade. É o que chámase materialidade.

Décimo Primeiro

A Guía de actuación sobre importancia relativa ou materialidade do Instituto de Censores Xurados de Contas de decembro de 2014 establece diversos parámetros para a comprobación dese feito. Concretamente, e para as específicas empresas que cita, entre as que se encontraría o Banco Popular, de "empresas en punto morto, con perdas de explotación prolongadas, beneficios volátiles ou rendibilidade baixa en relación co volume de activos ou de operacións", reseña os parámetros orientativos máis representativos, de Total importe neto da cifra de negocios, entre o 0,5% e o 3%, de Total activos, entre o 0,5% e o 3%, e de Patrimonio neto, entre o 2% e o 5%.

Pois ben, partindo deses parámetros, e elixindo o último, por ser o máis representativo, se proclama a materialidade polo informe do Departamento de Informes Financeiros e Corporativos da CNMV, de data 23 de maio de 2018, coa reseña duns datos que non sendo cuestionados e que aparecen en todo casos acreditados, levante proclamar que a reexpresión implicou realmente un axuste negativo do 3,5% do patrimonio neto consolidado do exercicio 2016, que xa de por si, e abstracción feita doutros valores subxectivos a tomar igualmente en consideración, debería considerarse material.

E o informe puntualiza que se acudíramos á normativa anterior, representada pola resolución de 14 de xuño de 1999 do Instituto de Contabilidade e Auditoría de Contas, os axustes na conta de resultados serían de 126 millóns de euros, que suporían un 1,14% do patrimonio neto de 2016, por riba do criterio orientativo da norma, que tiña unha forquilla de mínimo e máximo do 0,5% e o 1%.

Advirte igualmente o informe que aínda partindo do parámetro de materialidade fixada por PwC, do 1%, inferior aos anteriormente reseñados, seguiría haber materialidade pois o auditor parte dun desaxuste contable de 114 millóns de euros

soamente, cando o desaxuste real, despois de facer as pertinentes e obrigadas correccións, ascendía a 387 millóns, importe que supuña máis do triplo da materialidade tomada en consideración polo auditor.

O informe remata por afirmar, xa que logo, que dende un punto de vista contitativo os desaxustes son materiais e que, conseguintemente, a información financeira consolidada do Banco Popular do exercicio 2016 non representaba a imaxe fidedigna da súa situación financiero patrimonial. E puntualiza que, de maneira adicional, existen outros factores cualitativos que reforzan a conclusión de gravidade. Os desaxustes por insuficiencias de provisións individualizadas respecto a riscos da carteira crediticia, ou o desglosamento dunhas ratios de capital regulatorio mellores das reais, por non terse deducido del determinadas financiación a clientes (co específico obxectivo de adquirir accións na operación de aumento de capital de 2016), e polo montante nada despreziable de 239 millóns de euros, serían feitos vehemente indiciarios da intencionalidade de incurrir neses erros.

O argumento da reexpresión non serve entón de substento ao posicionamento do demandado.

Décimo Segundo

O Banco recorrente aduce, para fundar a súa postura de que o folleto de ampliación de capital non deformaba a súa realidade económica-financieira, que a resolución do Banco tivo lugar por puros problemas de liquidez, e non de solvencia. O Banco era perfectamente viable e tan só a fuga masiva de depósitos no 2017 sería a causa da resolución. Pois ben, non compartimos o argumento, ao aparecer contradito polos datos obxectivos resultantes dos instrumentos de proba que examinamos seguidamenmte, non se antes facer dúas advertencias.

A primeira radica en que aínda que insolvencia (pasivo superior ao activo) e iliquidez (falta actual de activo efectivo) son conceptos distintos, non son irreconciliables. Incluso se complementan e un pode ser consecuencia do outro. A falta de solvencia sole acarrear a ausencia de cartos para facer fronte ás necesidades inmediatas. E un estado máis ou menos prolongado de falta de numerario acostuma ser indicativo dun estado de débedas que supera crónicamente aos créditos. Pero pódese perfectamente ser solvente, e non dispor, á vez, de liquidez e, contrariamente, ser insolvente e ter inicialmente diñeiro para pagar as débedas presentes, as máis próximas, vencidas e actualmente exixibles. Conseguintemente, a falta de liquidez nos albores do ano 2017, que o Banco invoca como a causa directa e única da súa resolución, non significa forzosamente que tiver unha economía saneada antes.

A segunda das puntualizacións estriba en que a referencia temporal para indagar sobre se o folleto reflectaba ou non a imaxe real da entidade bancaria debemos atopala, loxicamente, nas épocas presentes e imeditamente anteriores ao aumento de capital pola emisión das accións. Máis iso non exclúe que analicemos igualmente

os feitos posteriores, na medida que os mesmos poden axudar a comprender cal era a situación económico financeira do Banco antes. Por exprésalo con outras palabras, se despois da ampliación de capital, e moi próximo a esa operación, se destapara unha grave e irreversible crise da entidade, podería presumirse, nunha orde natural de suceder as cousas, que esta crise tería as súas raíces -alomenos en parte- no estado do Banco antes da ampliación de capital. E chegados a este punto, o Banco vencella a resolución levada a cabo pola Xunta Única de Resolución o día 7 de xuño de 2017 á fuga de depósitos que se produxo nos dous meses anteriores. Pero esta invocación, da fuga de depósitos, como a causa -única- motivadora da resolución non está en absoluto acreditada, e a demostración deste feito compete exclusivamente a ela, non só en canto que é a que alégao, senón tamén por dispoñibilidade e facilidade probatorias. E é que se acudimos ao texto do acordo de resolución, cuxo contido non foi posto en entredito polo Banco, no mesmo se deixa expresa constancia de que as graves dificultades económicas, que ían desencadenar a resolución, xa tiñan aflorado en decembro de 2016.

Efectivamente, no epígrafe 2.2.2 do acordo de resolución, baixo o rótulo de "plan de resolución", se indica literalmente que "o 5 de decembro de 2016, a XUR na súa reunión executiva adoptou a versión 2016 do Plan de Resolución para o Grupo. No plan de resolución, a XUR evaluou que a liquidación do Grupo nun procedemento normal de insolvencia non é fiable". A XUR estaba proclamar, xa en decembro de 2016, é dicir, antes da fuga de depósitos, en abril e maio de 2017, o estado de insolvencia da entidade que obrigaba a súa resolución, e non a través dos procedementos normais de insolvencia, que eran inadecuados, dado o impacto adverso que a liquidación do Grupo ía ter na economía, e especialmente no sistema financeiro español.

Décimo Terceiro

A resolución dun Banco require como presuposto obxectivo a concurrencia de graves dificultades económicas, tal como dispón o artigo 18. 1. a) do Regulamento 806/23014, de 15 de xullo, do Parlamento Europeo e do Consello, estimándose que un ente ten graves dificultades económicas ou que probablemente vai telas (punto 4), se concurren unha ou varias das seguintes circunstancias, que resumimos:

- A. Que o ente tiver incumprido ou existan elementos obxectivos que indiquen que incumprirá, nun futuro cercano, os requisitos necesarios para conservar a súa autorización... por ter incurrido o ente, ou ser probable que incurra, en perdas que esgoten ou mermen significativamente os seus fondos propios; B) Que o activo sexa inferior ao seu pasivo ou existan elementos obxectivos que indiquen que serán nun futuro cercano; C) Que o ente non poida facer fronte ao pagamento das súas débedas e demais pasivos ao seu vencimento, ou existan elementos obxectivos que indiquen que non poderá nun futuro cercano, D) Que necesite de axuda pública financeira extraordinaria... .

Pois ben, se xa en decembro de 2016 o Banco pasaba por graves dificultades económicas:

B. Non pode invocar como causa da súa resolución a fuga de depósitos, en canto producida en meses posteriores. B) Esa situación de insolvencia en decembro de 2016, proclamada pola XUR, non aparece realmente discutida polo Banco. C) En todo caso, e de afirmar o contrario, o onus probadi recaería sobre el, traíndo á lite instrumentos de proba que contradixeran aquela proclamación. D) Por outra banda, a situación de insolvencia, xa apreciada en decembro de 2016, facía máis improbable que esa situación de crise tivera a súa orixe entre o mes de maio de 2016, da operación de aumento de capital, e o mes de decembro. O curto espazo de tempo, de apenas sete meses, fai máis factible a afirmación de que a insolvencia da entidade xa existía ao tempo do aumento de capital en maio de 2016, probabilidade que obrigaba ao Banco a un maior esforzo e rigor probatorios, que non fixo.

O plan de resolución, datado xa en decembro de 2016, implicaba que en tal intre a entidade bancaria presentaba perdas que tiñan esgotado ou mermado significativamente os fondos propios, ou que o seu activo era inferior ao seu pasivo, ou que se encontraba en situación de insolvencia, polo que existían elementos de xuízo para estimar a probabilidade razoable de que algunha desas críticas situacións arrincaba de antes de maio de 2016. A probabilidade que sostemos desprazaba á entidade bancaria a carga de probar que a información económica proporcionada polo folleto respondía de maneira realista, e fuxindo de todo voluntarismo, ao seu activo e pasivo. E esa proba non se aportou. E, en fin, resulta lóxico pensar, por non faise proba en contrario, que algunha das situacións que deron despois lugar á resolución, insolvencia, inferioridade do activo ao pasivo, ou perdas significativas, e que se manifestaron en decembro de 2016, ou xa concurrían en maio dese ano, ou era previsible que aconteceran, e nada diso plasmouse no folleto.

Décimo Cuarto

Verbo do problema da materialidade dos desaxustes contables queremos facer unha última observación.

A mesma consiste en que o Banco ten que dar inexcusamente unha imaxe fidedigna do mesmo, e dentro deste marco obrigacional, franco e total, non soamente vai ter trascendencia a entidade económica dos erros contables, senón incluso eses mesmos erros. Dito doutro xeito, se a contabilidade anunciada, lonxe de representar ganancias, reflecta perdas, aínda que estas sexan cativas, pode constituir un muro dificilmente salvable para investimentos das persoas inexpertas nestas materias, como son os clientes minoristas. Inversamente, a proclamación contable de ganancias, aínda menores, son obviamente un estímulo ó propósito investidor, e especialmente se o folleto anunciador magnifica os aspectos positivos da entidade, como aquí sucede. Nunha empresa en perdas resulta difícil que os minoristas invirtan, contrariamente aos investidores expertos, que poden -e ata solen- aproveitar a oportunidade inversora, precisamente, nesas coxunturas económicas desfavorables e que normalmente se reflectan nunha desvalorización das accións,

que espérase sexan puramente coxunturais. Se o incremento de capital tivo lugar nun escenario de perdas, o importante non é tanto o volume das mesmas como o feito mesmo da súa existencia. O quantum das perdas ten unha importancia relativa, podendo influir nas decisións económicas e de investimento dos clientes minoristas calquera que sexa.

Décimo Quinto

O exame conxunto, coherente e crítico, das pericias, informes e proba documental permítemos facer as seguintes declaracións.

Primeiramente, como consecuencia da política -arriscada- de expansión do Banco hacia as Pymes e familias, iniciada en 2008, e coa aparición da crise económica, se produxo un significativo aumento dos créditos morosos e dos activos tóxicos, progresivamente desvalorizados verbo na taxación inicial, que forzaban facer as oportunas provisións correctoras.

En segundo termo, a entidade bancaria decide non dar a debida importancia á crecente morosidade, e ignorar a perda, galopante, de valor dos inmobles dados en garantía dos préstamos, manténdoo no activo do Banco en valores irrealis, e non efectuando entón as necesarias dotacións para cubrir ou compensar eses desfavorables avatares, anunciando mesmo a entidade bancaria, enfaticamente, que dispuña de "colchón dabondo".

En terceiro lugar, ao non efectuar as inexcusables provisións, coas conseguintes correccións do balance á baixa -permítase a expresión-, estíbese, por unha banda, silenciándose o desfaxe, e por outra, dándose unha imaxe irreal da entidade, que se trataba de ocultar coa fórmula de ampliación de capital mediante a emisións das accións.

En cuarto lugar, as insuficiencias provisorias e os conseguintes desaxustes contables do ano 2016 non dimanan dese ano senón dos exercicios anteriores, tal como polo demáis veu admitir o propio Banco na comunicación do feito relevante de data 3 de abril de 2017, no que explícita e literalmente se indica que "o groso" do efecto relacionado cos créditos dubidosos "provén de exercicios anteriores a 2015". Esta afirmación, inequívoca, incondicionada e solemne polo contexto no que prodúcese, resulta irreconciliable coa alegación de que os desfaxes foron posteriores á operación de aumento de capital de 2016, e estes non se trasladaron, en cambio, ao folleto.

Por último, e a xeito de recapitulación, se para o mes de maio de 2016, da operación de aumento de capital mediante a emisión e subscripción de accións, se anunciaba no folleto un estado de bonanza económica e un futuro prometedor -ingredientes necesarios para levar aquela operación a bo porto-, e poucos meses despois éntrase, en cambio, nunha situación de creba irreversible, que orixinou a resolución da entidade e a súa venda polo valor simbólico dun euro, a deducción lóxica -a falta doutra explicación razoable que non dase pois a fuga de depósitos non a é, consonte ao razoado- é a de que o folleto contiña unha manipulación contable.

Compartimos así o discurso argumental do informe pericial rendido a instancia da parte actora, do que destacamos as seguintes paraxes que reproducimos na súa literalidade.

"En el ejercicio 2016, primer semestre del año, el Banco Popular realiza una nueva ampliación de capital por importe de 2.506 millones de euros, cuyo objetivo, como se reconoce en la memoria de 2016, era incrementar saneamientos y coberturas de activos que no estaban realizados a la fecha de apertura de dicha ampliación. La información pública económico -financiera facilitada para esta ampliación se refiere a los ejercicios 2013, 2014, 2015 y 1º trimestre de 2016. En el ejercicio 2016, sin que haya acaecido ningún hecho extraordinario distinto de la propia evolución de la economía, el banco considera necesario efectuar saneamientos por "Deterioro de activos financieros y dotaciones a provisiones" y "Deterioro resto de activos" por importe de 5.757 millones de euros de los que 83,24% correspondieron a apuntes realizados en el cuarto trimestre de 2016. El Resultado del ejercicio antes de impuestos pasa de 108 millones positivos en el 1º trimestre de 2016 a 4.888 millones de euros negativos a cierre de 2016. Todo indica que estos saneamientos necesarios y sus efectos adversos registrados a finales del ejercicio 2016 corresponden en gran parte, a períodos anteriores al de su registro contable, por lo que la información económica-financiero-patrimonial facilitada por el Popular, adolecía de errores significativos en cuanto a la correcta valoración de sus activos y de los resultados obtenidos y no era completamente válida para la toma de decisiones de inversión(Artículo 37 de la Ley del Mercado de Valores), dado que a partir de la ampliación de 2016 y hasta finales de año no se produjeron circunstancias excepcionales que exigiesen esos saneamientos"

"Lo anterior se ve reforzado por los apuntes realizados en el primer semestre de 2017 en donde se registran (a nivel individual no consolidado) 10.949 millones de euros negativos por "Deterioro de activos financieros y dotaciones a provisiones", "Deterioro de resto de activos" y "Resultados de venta de activos" (con cierto efecto por venta forzada de algunos activos) adicionales a los ya efectuados al cierre de 2016. Por tanto, gran parte del efecto negativo que se manifiesta en el primer semestre de 2017, sin que hayan concurrido en ese período circunstancias extraordinarias respecto a la valoración de los activos, se debería haber puesto de manifiesto con anterioridad a dicho período temporal afectando incluso al ejercicio 2016 y anteriores, por lo que la Información Económica- Financiera del Banco Popular para dichos períodos considerando los datos económicos que constan en los documentos que hemos analizado adolecería de errores significativos y no sería completamente válida para la toma de decisiones de inversión en dicha Entidad".

"Por todo lo anterior, la situación de los accionistas e inversores del Banco Popular no es consecuencia directa del riesgo de los mercados, ni de las fluctuaciones de los valores de las acciones, ni de haber realizado una mala inversión en un producto obsoleto, o de altísimo riesgo, ni tan siquiera de una volatilidad por encima de los valores cotizados en el mercado bursátil, ni por un mal entendimiento del producto. Estamos hablando de una situación excepcional y completamente anormal que se ha basado en unos ratios e índices.... que por extemporaneidad en los saneamientos y

coberturas realizados, no han reflejado la correcta y debida situación económica-financiera y patrimonial del Banco Popular a lo largo de los ejercicios analizados".

"Lo anterior se ve reforzado por los apuntes realizados en el primer semestre de 2017 en donde se registran (a nivel individual no consolidado) 10.949 millones de euros negativos por "Deterioro de activos financieros y dotaciones a provisiones", "Deterioro de resto de activos" y "Resultados de venta de activos" (con cierto efecto por venta forzada de algunos activos) adicionales a los ya efectuados al cierre de 2016. Por tanto, gran parte del efecto negativo que se manifiesta en el primer semestre de 2017, sin que hayan concurrido en ese período circunstancias extraordinarias respecto a la valoración de los activos, se debería haber puesto de manifiesto con anterioridad a dicho período temporal afectando incluso al ejercicio 2016 y anteriores, por lo que la Información Económica- Financiera del Banco Popular para dichos períodos considerando los datos económicos que constan en los documentos que hemos analizado adolecería de errores significativos y no sería completamente válida para la toma de decisiones de inversión en dicha Entidad".

"Por todo lo anterior, la situación de los accionistas e inversores del Banco Popular no es consecuencia directa del riesgo de los mercados, ni de las fluctuaciones de los valores de las acciones, ni de haber realizado una mala inversión en un producto obsoleto, o de altísimo riesgo, ni tan siquiera de una volatilidad por encima de los valores cotizados en el mercado el ejercicio 2016 realizados en el cuarto trimestre de 2016. Estamos hablando de una situación excepcional y completamente anormal que se ha basado en unos ratios e índices ... que por extemporaneidad en los saneamientos y coberturas realizados, no han reflejado la correcta y debida situación económica-financiera y patrimonial del Banco Popular a lo largo de los ejercicios analizados".

Por todo o dito, rexeitamos o recurso de apelación promovido polo Banco demandado.

Décimo Sexto

Desestimado que a acción de nulidade das adquisicións de accións no 2012 estiver caducada, procede entrar xa entón na cerna propiamente dita do asunto, ou sexa, se no folleto de 2012 plasmábase coa exactitude necesaria o estado económico financiero do Banco Popular. Pois ben, como xa fixemos unha serie de consideracións que son de aplicación tanto a esta operación como á do 2016 (carga da proba, valoración probatoria e, en especial, das pericias achegadas polos litigantes, influencia nos resultados contables dos

novos marcos normativos, os desfaxes contables e a súa significación para a imaxe fidedigna do Banco...), circunscribímonos agora a enfatizar sobre o folleto de ampliación de capital de 2012.

O discurso argumental da pericia da parte demandante, para afirmar que o folleto informativo non expresaba a verdadeira imaxe económico financeira do Banco emisor das accións, se comparte por este tribunal de apelación, pois parte de datos

certos e incontestables dos que se colixen, ora de forma directa, ora a través dun proceso indiciario, que o folleto non se axustaba á realidade económica da entidade bancaria.

De conformidade co informe pericial da parte actora o exercicio de 2011 pechouse cuns beneficios declarados de 444 millóns de euros, mentres que ao tempo do peche do exercicio 2012 se rexistran unhas perdas de 5.658 millóns. E desta última cifra, 4.388 millóns son apuntes contables realizados no cuarto trimestre de 2012. E, en fin, esta última cifra non estaba contemplada do folleto informativo facilitado aos futuros inversores.

Pois ben, a pericia do demandado non discute esas cifras, senón que límitase xustificar as mesmas nos cambios normativos sobre criterios de valoración -máis prudentes, conservadores e exixentes- operados polos Reais Decretos Leis 2/2012, de 3 de febreiro, e 18/2012, de 11 de maio, que non serían de aplicación. Pero esta xustificación adolece da necesaria fortaleza pois aínda na postura de soste efectivamente a súa inaplicabilidade, iso non excusaría ao Banco de tomar en consideración os novos cadros normativos e expresar os seus resultados contables no folleto informativo dado que, por unha banda, ao tempo da publicidade da emisión -meses antes- era perfectamente coñecidos por el, e por outra, e conseguintemente, cabería entón expresar no folleto o novo e máis desfavorable escenario, para así facilitar e completar a información esencial, de presente e de expectativas, que precisaban os potenciais subscriptores das accións para unha operación inversora que miraba precisamente cara ao futuro.

En atinada expresión da pericia do demandante "los Reales Decretos mencionados debieron ser aplicados por el Popular con anterioridad a la ampliación de capital, siendo conscientes que el Popular conocía el impacto de esta medida, antes de ofertar públicamente la citada ampliación de capital".

E todo iso, dentro dun contexto de crise económica e financeira, moi especialmente no sector inmobiliario, no que o Banco era o máximo operador. En elocuentes expresións da propia pericia do demandado "la crisis financiera provocó una caída en la demanda de activos inmobiliarios y, consiguientemente, una notable disminución de su valor de mercado, tras casi una década de crecimiento sostenido. Esa reducción de la demanda, unida a la disminución del empleo y al elevado endeudamiento de las familias y del sector inmobiliario, provocaron un significativo aumento de la morosidad, con el consiguiente deterioro del valor de la cartera crediticia y de activos adjudicados de las entidades financieras. El temor a la existencia de activos sobrevalorados en los balances de los bancos españoles llevó al legislador a aprobar un conjunto de normas para el fortalecimiento del sector financiero....".

E o informe pericial do demandante remata, con acerto, coa afirmación de que a información ofrecida polo Banco no folleto presentaba erros significativos e silencios contables igualmente importantes para que os futuros accionistas coñeceran a imaxe real da entidade. Por exemplo, o incremento da morosidade ou a perda de valor dos activos inmobiliarios.

Por último, sendo verdade que o folleto informativo de 2012 declaraba expresamente que "o sector bancario español ven coñecer dende hai tempo uns crecentes requerimentos de solvencia e saneamentos crediticios, a través de distintas normas, entre elas e sinaladamente os Reais Decretos de 2012", non é menos certo que se silencian nel -ao igual que no 2016- as precisas e concretas consecuencias contables para a situación económico financeira do Banco.

Décimo Sétimo

Por todo o que se razoou, a demanda debe estimarsee íntegramente, pois os dous folletos non expresaron a imaxe económica financiera real da entidade emisora, mediante un modo de proceder planificado, desviado e moi similar, que non faría máis que confirmar a tese que sostemos.

En efecto, e a xeito de recapitulación:

- A. Os folletos conteñen información económico financeira dos exercicios 2010, 2011 e 2012 -ata o 30 de setembro neste último ano-, para a primeira operación. E dos anos 2013, 2014, 2015 e 2016 -ata o primeiro trimestre- para a segunda.

No ano 2011 se declararon uns beneficios de 444 millóns de euros. E no ano 2016 -primeiro trimestre, antes do aumento de capital- 108 millóns.

No exercicio de 2012 -despois xa que logo do aumento de capital- o Banco reseña na Conta de perdas e ganancias uns resultados negativos de 5.658 millóns de euros polos capítulos de deterioros de activos financeiros e dotacións para provisións, e deterioros do resto dos activos. E polos mesmos conceptos se rexistran no 2016 uns resultados negativos de 5.757 millóns.

Dos 5.658 millóns de euros negativos (polas partidas mencionadas) do ano 2012, 4.388 millóns son apuntes realizados no cuarto trimestre dese ano e, por conseguinte, sen contemplarse na información do folleto. E polo que fai a 2016, dos resultados negativos de 5.757 millóns de euros, 4.793 millóns corresponden a apuntes realizados igualmente no cuarto trimestre deste último ano.

Por conseguinte, as porcentaxes de incremento de perdas por mor ou operadas neses dous últimos trimestres foron nos anos 2012 e 2016, do 77,55 e 82,24%, respectivamente.

Por último, e fronte a aqueles beneficios de 444 millóns do ano 2011, ao peche do exercicio de 2012 -despois do aumento de capital- se rexistran 3.492 euros de perdas. E fronte aos beneficios de 108 millóns do primeiro trimestre de 2016, se rexistran ao peche deste exercicio resultados negativos de 4.888 millóns.

Décimo Oitavo

O criterio xeral do vencimento obxectivo, ao que non atopamos circunstancia de excepción que xustifique a súa inaplicabilidade, leva impor as custas procesuais da primeira instancia ao demandado, así como as desta alzada, derivadas do seu recurso. E non facer unha especial pronuncia sobre as custas desta segunda instancia, orixinadas pola apelación do demandante (artigos 394 e 398 da L. A. C.).

Por todo o exposto, e pola autoridade que a este Tribunal lle outorgan a Constitución e o pobo español,

I. DECIDIMOS

Que con acollida da demanda e do recurso de apelación formulados polo actor D. Leopoldo representado pola Procuradora Sra. Marquina Tesouro, e rexeitando a apelación do demandado BANCO SANTANDER S.A. representado pola Procuradora Sra. Alonso Fernández, declaramos a nulidade das seis operacións de compra de accións efectuadas nos anos 2012 e 2016, que se reseñan no feito primeiro da demanda, condenando ao demandado a restituir ao demandante a suma global de 12.911,31 euros, máis os xuros legais dende as datas das adquisicións, debendo o actor reintegrar ao demandado as rendibilidades obtidas, cos xuros legais dende as súas correspondentes percepcións. Impoñemos ao demandado as custas procesuais da primeira instancia, así como as desta alzada, orixinadas estas polo seu recurso. E non facemos unha especial declaración sobre as custas desta segunda instancia, derivadas do recurso do demandante.

Esta é a nosa sentenza, que asinamos, e que se redacta en galego consonte o establecido no art. 3.2 e 3 da Constitución española; no art. 5.1, 2 e 3 do Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril; e nos arts. 1, 2, 6.3, e 7.2 e 3 da Lei 3/1983, do 15 de xuño, da Comunidade Autónoma de Galicia, de normalización lingüística.

Notifíquelles ás partes a presente resolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Contra a presente sentenza cabe interpoñer recurso de casación por tratarse dun proceso que presenta interese casacional, sobre a base do establecido no art.º 477 da LEC, debendo interpoñer dentro dos vinte días seguintes á súa notificación na forma establecida no art.º 479 da LEC. Asímesmo cabe interpoñer recurso extraordinario por Infracción Procesual sobre a base do establecido no art.º 468 da LAC, debendo interponer dentro dos vinte días seguintes a súa notificación na forma establecido no art.º 479 da LAC.

Devólvanselle os autos orixinais ó xulgado do que proceden, cun testemuño desta sentenza para o seu coñecemento e cumprimento.

NOTA INFORMATIVA: Conforme á D.A. Décimo quinta da L.O.P.J., para a admisión do recurso deberase acreditar ter constituído, na conta de depósitos e consignacións deste órgano, un depósito de 50 euros, salvo que o recorrente sexa: beneficiario de xustiza gratuíta, o Ministerio Fiscal, o Estado, Comunidade Autónoma, entidade local ou organismo autónomo dependente.

O depósito deberá constituílo ingresando a citada cantidade no BANCO SANTANDER, sucursal r/ Coruña, na conta deste expediente 0915000012024320, salvo que o recorrente sexa: beneficiario de xustiza gratuíta, o Ministerio Fiscal, o Estado, Comunidade Autónoma, entidade local e organismo autónomo dependente. Se o ingreso se efectúa a medio de transferencia o núm. de conta IBAN é o seguinte: ES55 3569 9200 0500 1274 facendo constar, no campo concepto e observacions no xustificante de ingreso e como concepto o número de conta expediente antes salientado

Ponente: MAGDALENA FERNANDEZ SOTO

Número de Recurso: 762/2019

Procedimiento: Civil

Número de Resolución: 64/2020

Fecha de Resolución: 13 de Febrero de 2020

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 6ª

Id. vLex VLEX-847160472

Link: <https://app.vlex.com/#vid/847160472>

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO
- FALLO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00064/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCION SEXTA

Modelo: N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-Teléfono: 986817388-986817389 Fax: 986817387

Correo electrónico:

Equipo/usuario: SR

N.I.G. 36057 42 1 2019 0001504

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000762 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de VIGO

Procedimiento de origen: JVB JUICIO VERBAL 0000120 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER,S.A.

Procurador: JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: JOSE MARIA COVELO FERNANDEZ

Recurrido: Silvio

Procurador: OLGA MARIA VEIGA SILVA

Abogado: JUAN GAISSE FARIÑA

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, constituida en Tribunal unipersonal por el Iltmo. MAGISTRADO D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO,

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 64

En VIGO, a trece de febrero de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de JUICIO VERBAL 0000120 /2019, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de VIGO, a los que

ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000762 /2019, en los que aparece como parte apelante, BANCO SANTANDER,S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL, asistido por el Abogado D. JOSE MARIA COVELO FERNANDEZ, y como parte apelada, Silvio, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. OLGA MARIA VEIGA SILVA, asistido por el Abogado D. JUAN GAISSE FARIÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de Vigo, con fecha 24.07.19, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"ESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora doña Olga María Veiga Silva, en nombre y representación de don Silvio, contra la entidad Banco Santander SA, y declaro la nulidad de las acciones de Banco Popular Español SA, ejecutadas por el actor con fechas 05/12/2012 y 20/06/2016, condenando a la entidad Banco Santander SA a estar y pasar por tal declaración, y a que abone a la parte actora la suma de 3.319,10 euros, más los intereses legales calculados desde cada una de las fechas de pago. La parte actora procederá a devolver a la entidad bancaria las acciones que le fueron entregadas y de todo lo percibido por razón de esas acciones (27,40 € por venta de derechos de suscripción, más los dividendos si los hubiere y sus intereses). Todo ello con expresa condena en costas a la entidad bancaria demandada."

SEGUNDO

Contra dicha Sentencia, por el Procurador JESUS GONZALEZ PUELLES-CASAL, en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A., se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, correspondiendo esta Sección Sexta, sede Vigo.

TERCERO

En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El demandante, Don Silvio, en relación con 3243 acciones suscritas el 5 de diciembre 2012 en ampliación de capital con un desembolso total de 1.300,45 euros y 1482 acciones suscritas el 20 de junio 2016 en ampliación del capital mediante desembolso de 2.018,65 euros, ejercitó, con carácter principal, acción de nulidad relativa o anulabilidad en tanto que los contratos de compra de las referidas acciones adolecen de vicio en el consentimiento por error y/o dolo directo sobre la solvencia del Banco Popular y, subsidiariamente, reclamación de daños y perjuicios por infracción grave del deber de información, al ocultar la entidad su verdadera situación financiera por no reflejar en sus balances ni en su folleto la imagen fiel del banco y no informar de los riesgos posteriores a la contratación

La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la suscripción de acciones llevadas a cabo en los años 2012 y 2016, con las consecuencias restitutorias que se establecen en la parte dispositiva de la misma.

Recurre en apelación la representación de Banco Santander, aduciendo como motivos impugnatorios: la caducidad de la acción de anulabilidad en relación a la suscripción de acciones del año 2012; errónea apreciación de la prueba en cuanto a la valoración de las cuentas anuales de Banco Popular y de los dictámenes periciales; infracción reglas de la carga de la prueba e improcedencia de aplicar al presente caso la doctrina que se deriva de la STS 3 de febrero 2016. Se opone la parte apelada.

SEGUNDO

Considera, en síntesis, la apelante que la acción de anulabilidad en relación a la suscripción de acciones del año 2012, está caducada, por cuanto en esa anualidad se produjo la consumación del contrato al no haber prestaciones pendientes.

Establece el art. 1301 CC que la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Tiempo que empezará a correr en los casos de error o dolo desde la consumación del contrato. En productos financieros como son los de autos, acciones, que no tienen fijado un plazo de duración y en los que el hecho causante del error o dolo viene determinado por la deficiente información facilitada, tanto la que se desprende de los estados financieros de la entidad emisora, como la que se contiene en el folleto informativo -en la demanda se denunciaba que Banco Popular incumplió con sus deberes de información vulnerando las circulares del Banco de España sobre transparencia en operaciones financieras y los art. 78 y 79 LNV-, la jurisprudencia ha establecido que, en estos casos, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del

contrato por error, queda fijado en el momento en que el cliente adquirente del producto

financiero haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error, de tal manera que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado.

Así, la STS de 30 de enero 2018 vuelve a recordarnos que la cuestión, ciertamente controvertida, ya ha sido resuelta a partir de la STS de Pleno de 12 de enero 2015 en la que se hacía una interpretación del 1301 CC, de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: "... En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho Europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

Aplicando la doctrina expuesta, en el caso que nos ocupa, si existe un hito incontrovertido a partir del cual se puede afirmar que el inversor pudo conocer, o conoció realmente, los defectos en cuanto a la calidad de la información que ofrecía el folleto informativo y tomó conciencia de que los estados contables no ofrecían una imagen fiel de la entidad emisora, fue cuando se declaró la inviabilidad del Banco Popular en fecha 7 de junio 2017 con el acuerdo de la Junta Única de Resolución (JUR) que decretó la resolución de la entidad, provocando que el FROB amortizase todas las acciones de la referida entidad y la vendiese a Banco Santander por el simbólico precio de un euro, por lo tanto, es en la citada fecha cuando debe quedar determinado el dies a quo, de tal manera que antes del 7 de junio 2017 no puede comenzar a computarse el plazo de los cuatro años, de ahí que habiéndose presentado la demanda el día 24 de enero 2019, a esta fecha aún no había

transcurrido el plazo de los cuatro años en relación a la suscripción de acciones del 2012, lo que conduce al rechazo del motivo impugnatorio.

TERCERO

Aunque la acción, no es un producto de inversión complejo (art. 79 bis LMV), lo que, en principio, dispensa a las entidades prestadoras de servicios de inversión de observar las normas de conducta de los art. 78 y sig. LMV que se impone para los productos complejos, ello no quiere decir que tales entidades no tengan que observar las obligaciones que impone su régimen jurídico propio y el Folleto Informativo cumplir los requisitos del art. 27 LMV, o lo que es lo mismo 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.

Tampoco se puede perder de vista que la CNMV aunque recibe, registra y aprueba el Folleto, esta aprobación va, esencialmente, referida al hecho de que el Folleto sea completo, comprensible y que contenga información coherente, pero en ningún caso supone un juicio sobre la calidad del emisor o sobre los valores respecto a los que se solicita la admisión a cotización. En fin, que el Folleto Informativo debe contener un resumen que, según lo establecido en el art. 27 LMV y el art. 16.1 del RD 1310/2005, de forma breve y en un lenguaje no técnico refleje las características y los riesgos esenciales asociados al emisor y los valores mismos, así como las advertencias que de forma ritual se describen en las citadas normas: que el resumen debe leerse como introducción al folleto, que la decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto, y que no se podrá exigir responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente sobre la base del resumen, a no ser que este resulte engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de decidirse a invertir o no en los valores.

En la misma línea el art. 35.1 del actual TRLMV, aprobado por RD legislativo 4/2015 de 23 de octubre que entró en vigor el día 13 de noviembre, establece que 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. Y el art. 37 prevé: "1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, la información del folleto deberá permitir a los inversores 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. (...) 3... el folleto contendrá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores. Se entenderá por información fundamental a la que se refiere el apartado anterior, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando.

De acuerdo con la regulación expuesta la SAP Valencia, de fecha 29 de diciembre de 2.014, señala que "la normativa del mercado de valores se estructura, como pilar básico, sobre el principio de protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos." Y la STS 3 de febrero de 2.016, referentes a la oferta de suscripción de acciones de Bankia, afirma que "si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones".

En consecuencia, lo relevante es que en cualquier caso la entidad emisora ha de proporcionar, y no puede eximirse de hacerlo, información clara, real y comprensible sobre su situación económica, futura rentabilidad, etc., todo ello por cuanto, como se dijo, ha de resultar determinante a los efectos de la formación de la voluntad negocial del potencial inversor, quien, como, es lógico, a la hora de decidir sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se le ofertan, lo hace con expectativa de obtener beneficio y porque la entidad tiene una saneada situación patrimonial y financiera. En fin, que la información es esencial, pues de ella depende que los destinatarios de la oferta puedan tomar consciencia de los riesgos que pueden afectar a su decisión, cuando más considerando la calidad de la persona del inversor y sus reales opciones a contratar tal información.

CUARTO

Sentado lo que antecede, la cuestión nuclear, a los efectos de resolver la controversia planteada en esta alzada, se centra en dilucidar si la información que fue plasmada por el Banco Popular en relación con su decisión de ampliación de capital en los años 2012 y 2016 resultaba real, dando una imagen fiel y exacta de su situación financiera, perspectivas de futuro, así como demás circunstancias relevantes, de cuyo conjunto su destinatario pudiere hacerse una adecuada composición de lugar a los efectos de su ulterior declaración de voluntad negocial.

Respecto a la carga de la prueba, cuestionada en el recurso, cumple decir que la falta de veracidad de la información del folleto o la omisión de datos relevantes en el mismo incumbe, en principio, a la parte actora que denuncia tal incumplimiento, pero dado que, como es obvio, al tratarse de un litigio promovido por un pequeño inversor contra un banco, la exigencia de la carga de la prueba debe ser atemperada conforme al principio de disponibilidad probatoria consagrado por el art. 217.6 LEC, y permitiendo, además, el juicio de la prueba de presunciones del art. 386 LEC.

Por otro lado, tampoco comparto el alegato referido a la improcedencia de aplicar al caso la STS 3 de febrero 2016, referente al caso Bankia, pues considero que guarda una gran similitud con el presente caso. En dicha sentencia se consideró probado que el folleto informativo de la oferta pública de suscripción de acciones emitida por tal entidad no era veraz sobre la base de considerar los resultados contables de tal banco en los meses posteriores a la emisión y sobre todo la intervención del mismo por la autoridad competente por sus graves problemas económicos que determinaban una quiebra técnica, y que, como es obvio, no se produce ex novo en cuestión de meses sino que se deriva de una situación de deterioro económico que se arrastra en el tiempo que el banco emisión tenía que conocer cuando realiza la emisión de acciones y las ofrece al público para su adquisición.

Al igual que la sentencia de instancia, considero que ha de darse prevalencia al informe pericial de Don Epifanio, aportado por el demandante, frente al informe del perito Don Feliciano -que él mismo calificó de contrainforme-, en tanto que éste último parte de premisas no acreditadas, como es por ejemplo que la retirada de fondos fue la causa principal de la resolución del Banco, cuando resulta que tal y como recoge la SAP Vizcaya de 26 de noviembre 2018 "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"; además, pese a su brillantez expositiva, no ofrece conclusiones específicas, sino que deja abierto un abanico de hipótesis, como lo demuestra el hecho de que en 2012 no sabía si el banco tuvo beneficios ni si las acciones incrementaron su valor, además de reconocer la realidad de operaciones prohibidas, como financiación a clientes para que adquirieran acciones en las ampliaciones de capital.

El perito propuesto a instancia del demandante tuvo en cuenta la información financiera pública del Banco Popular que aparece en su Web respecto a las anualidades de 2008 a 2016, las cuentas trimestrales y semestrales del 2017, los folletos de ampliación del capital y sus presentaciones comerciales, así como los informes de la CNV, Deloitte, Banco de España y resoluciones del JUR y del FROB. Afirmando que desde el año 2010 existían irregularidades contables que hacían que la imagen que Banco Popular reflejaba en el mercado no fuera la real, de hecho en el balance del Banco existían activos por valor superior al real, es decir activos sobrevalorados (morosos y tóxicos -inmuebles-) que debían ser provisionados y pasar a pérdidas año a año, lo que no se hizo, dando lugar a una distorsión contable que se arrastró desde la referida anualidad, a la par que se incumplía con las normas sobre dotación de provisiones (Circular del Banco de España 4/2003). De hecho, tal explicó el perito a que vengo haciendo referencia, la información del Folleto del 2012 contenía datos inexactos e inveraces, en tanto que partidas de las cuentas del 2011 subrepticamente daban beneficios, cuando de contabilizarse correctamente habrían dado pérdidas (no contabilizaban correctamente los morosos y tóxicos), hasta el punto ello fue así que en un informe del Banco de España se advertía lo siguiente: "es de especial relevancia el tema de la refinanciación y clasificación contable, puesto que si no se clasifican correctamente los créditos dudosos no es posible para terceros valorar la política de la entidad en la cobertura de activos puesto que desconoce la base de los activos que precisan cobertura". La situación descrita se fue arrastrando anualidad tras anualidad, de forma que en el 2016 la contabilidad estaba más contaminada que la del 2012, pues en aquella anualidad el informe del Banco de España ya alertaba de que Banco Popular estaba ofreciendo datos inexactos y no representaba la imagen fiel.

En fin, que el mencionado perito concluyó en el sentido de que Banco Popular ofreció una información financiera tendenciosa en sus folletos, tanto en el 2012 como en el 2016, pues aunque advertía de pérdidas, afirmaba que serían una cosa pasajera y que quedarían cubiertas por la ampliación de capital, lo cual era manifiestamente incorrecto pues desde 2008 existía un problema estructural de solvencia debido a que, se insiste, no se contabilizaron correctamente los activos morosos y tóxicos, lo que acabó derivando en la crisis de liquidez. Cuestión ésta a la que alude sin tapujos la SAP Valladolid de 18 enero 2019, al decir que "es cierto que en el folleto se alude a riesgos de la inversión, pero se trata de una alusión genérica e imprecisa a tales riesgos, sin ninguna concreción o detalle, y sin referencia al riesgo mayor que luego se materializó, la resolución de la entidad con reducción a valor cero del capital social".

Pues bien, las opiniones del perito a que se acaba de aludir aparecen avaladas por el iter de los acontecimientos y los resultados económicos de Banco Popular, tal lo demuestran datos objetivos, en tanto que notorios, como los siguientes:

1. Problemas de capitalización en los años 2012 y 2016, que trató de resolver mediante ampliación de capital.
2. Sanción del ICAC, a PriceWaterHouseCoopers (PWC) y a su socio auditor Lucio por dos infracciones graves en los trabajos de auditoría de las cuentas de Popular del ejercicio 2012. La resolución establece que la sanción se adopta por

el "incumplimiento de las normas de auditoría susceptible de tener un efecto significativo sobre el resultado de su trabajo y, por consiguiente, en su informe, en relación con los trabajos de auditoría de las cuentas anuales individuales del ejercicio 2012 de la sociedad Banco Popular Español y de las cuentas anuales consolidadas de la entidad Grupo Banco Popular y sociedades dependientes, cuyos informes de auditoría fueron emitidos el 28 de febrero de 2013".

3. En el 2012 un informe del banco de España ya pone de manifiesto unas diferencias de necesidades de reclasificación entre los que apreciaba la Auditora del Banco y lo que apreciaba la inspección del Banco de España.
4. 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).
5. El día 3 de abril de 2017 se comunica por Banco Popular a la 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.
6. 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".
7. El 7 de junio el FROB 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 euro.

Es evidente que las graves pérdidas económicas que afloraron en los ejercicios 2016 y 2017 y la innegable carencia de viabilidad financiera de Banco Popular no se produce de repente, sino que deviene de serios problemas económicos que, tal informó el perito de la demandante, se arrastraban desde hace tiempo y ya existían cuando se acordó la primera ampliación de capital, incrementándose tras la segunda, lo que demuestra que la información proporcionada en los Folletos Informativos de las ofertas de suscripción de acciones correspondientes a tales ampliaciones de capital, no se correspondía con la verdadera situación económica del Banco, que en realidad era la de una entidad con graves problemas económicos que comprometían su viabilidad financiera futura y determinaban un riesgo más o menos probable de resolución, riesgo del que nada se advirtió en los Folletos Informativos, con lo cual la información contenida en los mismos no puede ser considerada veraz y completa, en tanto que, se insiste, no reflejaban la imagen fiel de la entidad emisora, con la consecuencia de que con la información que publicaba el Banco el inversor no podía analizar su riesgo.

Por otro lado y descendiendo al caso concreto, tampoco consta que el actor fuese consciente de tales riesgos ni advertido de los mismos, es más, todo indica que adquirió las acciones sin conocimiento de causa, y por ello que incurrió en error que vicia su consentimiento. Tal error sin duda debe ser calificado como esencial, pues los riesgos de las acciones adquiridas es un elemento fundamental del contrato y sin duda cabe presumir que de haber sido conocidos dichos riesgos el demandante no hubiera tomado la decisión de adquirir las acciones. Y, en lo que atañe al requisito de la excusabilidad, debe entenderse cumplido al ser el propio Banco emisor de la oferta pública de acciones el que facilita al inversor consumidor un folleto de emisión de acciones con información deficiente o falseada sobre su situación económica. En este sentido la STS 411/2017 de 17 de junio afirma que "en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo...".

Consecuencia de lo expuesto ha de desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia apelada.

QUINTO

Lo anterior, impone de acuerdo con el art. 398 LEC, que las costas de esta instancia se impongan a la parte apelante.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Jesús González-Puelles Casal, en nombre y representación de Banco Santander, S.A. frente a la sentencia dictada en fecha 24 de julio 2019 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de Vigo en Juicio Verbal núm. 120/2019, la cual se confirma en su integridad, imponiendo las costas procesales de esta instancia a la parte apelante.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Ponente: ANA CALADO OREJAS

Número de Recurso: 227/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 369/2020

Fecha de Resolución: 28 de Septiembre de 2020

Emisor: Audiencia Provincial - Baleares, Sección 3ª

Id. vLex VLEX-851671882

Link: <https://app.vlex.com/#vid/851671882>

Original

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
- FUNDAMENTOS JURIDICOS
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - QUINTO
 - SEXTO
 - SÉPTIMO
 - OCTAVO
- FALLO

AUD.PROVI NCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00369/2020

Modelo: N10250

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

-

Teléfono: 971-71-20-94 Fax: 971-22.72.20

Correo electrónico: audiencia.s3.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: ACO

N.I.G. 07040 42 1 2019 0006621

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000227 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000235 /2019

Rollo núm.: 227/20

S E N T E N C I A Nº 369/20

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. Miguel-Álvaro Artola Fernández

MAGISTRADOS:

D. Carlos Izquierdo Téllez

Dña. Ana Calado Orejas

En Palma de Mallorca a veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Palma, bajo el número 235/19 , Rollo de Sala número 227/20, entre D. Fidel, como demandante-apelado, representado por la Procuradora Sra. Alvariño y asistido del Letrado Sr. García, y, como demandada-apelante, BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora Sra. Castañer y asistida del Letrado Sr. Vich.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Dña. Ana Calado Orejas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Palma, se dictó sentencia en fecha 24 de enero de 2020, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

Estimo íntegramente la demanda presentada por D. Fidel contra BANCO SANTANDER, S.A. y declaro la nulidad de los contratos por los que el actor adquirió 67.452 acciones de Banco Popular en la ampliación de capital de 2012 por importe de 27.142,92 euros y 17.407 acciones de Banco Popular en la ampliación de capital de 2016, por importe de 21.835,41 euros.

Condeno a la demandada a pagar a la parte actora la cantidad de 48.978,33 euros, más los intereses legales de 27.142,92 euros desde el día 20 de diciembre de 2012 y de 21.835,41 euros desde el 20 de junio de 2016.

Se imponen las costas a la demandada.

SEGUNDO

Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido por sus trámites, se señaló para votación y fallo el 22 de septiembre de 2020.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

Se ejercita por la parte demandante, con carácter principal, la nulidad (anulabilidad) de los contratos de compra de acciones otorgados con la demandada para las ampliaciones de capital de 2012 y 2016, por vicio del consentimiento, tanto en su modalidad de error como por dolo reticente y directo sobre la solvencia del Banco Popular, propiciando una compra de acciones que sin aquella información jamás se hubiera producido, debiéndose restituirse la cantidad de 48.978,33 euros, cantidad total que tuvo que satisfacer para la compra de las acciones; más los intereses legales del principal desde la fecha de la compra de las acciones, con devolución de las acciones por parte de mi mandante al Banco Popular y de los dividendos si los hubiere.

Subsidiariamente, se ejercita subsidiariamente acción de resarcimiento de daños y perjuicios, por los incumplimientos relativos al folleto de emisión (artículo 38

TRLMV) e incumplimiento de información financiera anual y semestral y la falta de información relativa al riesgo de intervención de la J.U.R en relación a las acciones adquiridas tanto en las ampliaciones de capital de 2012 como de 2016 . El quantum de la indemnización de esta acción asciende a 48.978,33 euros más los intereses legales desde la reclamación extrajudicial.

La parte demandada se opone alegando prejudicialidad penal (que fue desestimada en audiencia previa), así como falta de legitimación pasiva respecto del contrato de adquisición de acciones al haber sido adquiridas en mercado secundario. Respecto de la acción de anulabilidad: caducidad respecto a las acciones de 2012, inidoneidad de la acción como remedio para anular una suscripción de adquisición de acciones; inexistencia de vicio de consentimiento. Respecto de la acción de responsabilidad: inexistencia de falsedades u omisiones relevantes en los folletos informativos, en los informes, ni incumplimiento de obligaciones derivadas de la L.M.V.; en todo caso, la acción indemnizatoria está prescrita, ausencia de los presupuestos exigidos para que dicha acción prospere.

La sentencia de instancia estima la acción principal de nulidad y frente a dicha resolución se alza la demandada.

SEGUNDO

El primer motivo de apelación reitera la falta de legitimación pasiva, al haberse adquirido las acciones en el mercado secundario y con la intermediación de otra entidad BMN SA NOSTRA.

Reseña el apelante que los criterios sustentados en la sentencia para apreciar la legitimación pasiva se han visto superados por los de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2019.

Dicha sentencia establece:

1. - El art. 10.1 LECLegislación citada que se interpretaLey 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. art. 10 (08/01/2001) dispone que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En las acciones de nulidad relativa o anulabilidad, la legitimación pasiva les corresponde a todos quienes hubieran sido parte en el contrato impugnado y no sean demandantes, y a quienes sean titulares de derechos derivados del contrato (arts. 1257Legislación citada que se interpretaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1257 (16/08/1889) y 1302 CCLegislación citada que se aplicaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1302 (16/08/1889)).

Por lo que, respecto de la relación jurídica nacida de un contrato de compraventa, frente al ejercicio por el comprador de la acción de anulabilidad por haber prestado su consentimiento viciado por error, la legitimación pasiva no le corresponde más que el vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno. Recuérdese que el art. 247

CComLegislación citada que se interpretaReal Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. art. 247 (01/11/1996) establece que cuando el comisionista no contrate en nombre propio, las relaciones jurídicas se producirán directamente entre el comitente (Alforpe) y la persona que haya contratado con el comisionista (el tercero que vendió sus acciones en la bolsa), quedando al margen el comisionista.

2. - Este tribunal, en diversas sentencias, ha flexibilizado este requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015Sentencias relacionadasSTS , Sala de lo Civil , Sección: 991^a, 12/01/2015 (rec. 2290/2012)Legitimación pasiva para la acción de anulabilidad por error vicio de las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (productos financieros complejos; negocio que no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. ; 625/2016, de 24 de octubreSentencias relacionadasSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1^a, 24/10/2016 (rec. 1349/2014)Legitimación pasiva para la acción de anulabilidad por error vicio de las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (productos financieros complejos; negocio que no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. ; 718/2016, de 1 de diciembreSentencias relacionadasSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1^a, 01/12/2016 (rec. 1400/2014)Legitimación pasiva para la acción de anulabilidad por error vicio de las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (productos financieros complejos; negocio que no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. ; 477/2017, de 20 de julioSentencias relacionadasSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1^a, 20/07/2017 (rec. 342/2015)Legitimación pasiva para la acción de anulabilidad por error vicio de las entidades financieras que

han comercializado entre sus clientes productos de inversión (productos financieros complejos; negocio que no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. ; y 10/2019, de 11 de enero Sentencias relacionadas STS , Sala de lo Civil , Sección: 1ª, 11/01/2019 (rec. 3014/2016) Legitimación pasiva para la acción de anulabilidad por error vicio de las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (productos financieros complejos; negocio que no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.).

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

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

Bankia no vendió las acciones, porque no se trató (en lo que atañe al recurso de casación) de una venta como consecuencia de una oferta de la propia entidad (OPS), o en el mercado primario, sino de una venta en el mercado secundario (bolsa) en la que Alforpe compró las acciones a un tercero, del que se desconoce cómo las había adquirido a su vez. Bankia prestó a Alforpe el servicio de inversión previsto en el art. 63.1. a) de la Ley del Mercado de Valores Legislación citada que se interpreta Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. art. 63 (28/06/2014) (LMV), esto es "la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros", servicio reservado para entidades específicamente autorizadas para ello (las ESI), en virtud de lo dispuesto en los arts. 64 Legislación citada que se interpreta Ley 24/1988, de 28

de julio, del Mercado de Valores. art. 64 (21/12/2007) y 65 de la misma LeyLegislación citada que se interpretaLey 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. art. 65 (21/12/2007) .

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

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

Creemos no tiene razón el apelante. Y por la sencilla razón de que en el escrito de contestación a la demanda se conforma la afirmación del actor de que las acciones que se suscribieron procedían de las ampliaciones de capital de los años 2012 y 2016, y no se adquirieron en el mercado secundario; la afirmación que se hace ahora en sede de apelación es contradictoria a la sustentada en su escrito de oposición y por ello no puede ser tenida en cuenta, no resultando de aplicación lo resuelto por el Alto Tribunal en la mentada resolución.

El hecho de que la adquisición se realizara con la intermediación de un tercero, en este caso BMN SA NOSTRA, tampoco afecta a la legitimación pasiva de la demandada. Al respecto cabe decir que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. Así en sentencia dictada el 7 de enero de 2020 en RPL 561/19 (Ponente Sr. Artola):

En este sentido, la Sala debe recordar que existe un sector jurisprudencial mayoritario concordante con la sentencia de instancia, al que se sumó esta Audiencia Provincial como se evidencia en la sentencia de la Sección 4ª, núm. 85/2019, de fecha 18/03/2019 , Ponente Ilmo. Sr. LATORRE LÓPEZ, en la que, en un caso análogo seguido también contra el BANCO POPULAR, S.A. y en contra de lo allí dicho en la sentencia de instancia, no se estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad demandada ante una acción principal dirigida a obtener la nulidad del contrato por error esencial y excusable, o bien por dolo, que habrían afectado al consentimiento contractual de los actores, afirmando expresamente que adquirieron las acciones bajo la premisa de que la situación financiera del emisor era buena y ello a tenor de la información facilitada por la misma entidad. Explicando la Sección 4ª en dicha sentencia, en argumentos acogidos por esta Sala en la presente, lo que se dirá en el Fundamento jurídico siguiente de la presente resolución (Fundamento jurídico quinto).

.../...

QUINTO.- Por lo tanto, y como se ha anticipado, la Sala hace propias las consideraciones que, en un supuesto análogo al presente, realiza la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de Palma, dictada con el núm.

85/2019, de fecha 18/03/2019 , Ponente Ilmo. Sr. LATORRE LÓPEZ, que en un caso seguido también contra el BANCO POPULAR, S.A., las cuales sirven para neutralizar el resto de los motivos del recurso que ahora nos ocupa -resumidos en una pretendida falta de concurrencia de los presupuestos para atribución de responsabilidad civil derivada del folleto-, a saber:

"En tales condiciones, este Tribunal asume la tesis recogida en la S.A.P. de Asturias (Sección Cuarta) nº 366/2.018, de 17 de octubre Jurisprudencia citadaSAP, Asturias, Sección 4ª, 17-10-2018 (rec. 421/2018) , que resuelve un litigio en el que también fue parte BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., resolución que si bien acoge el recurso de apelación del Banco, considera sin embargo que tiene legitimación pasiva para ser demandado y afirma:

"a pesar de la no intervención directa de la entidad demandada en las últimas adquisiciones de acciones, no podemos negar la legitimación pasiva de la misma. Las pretensiones de la parte actora, ya sea la principal o las deducidas de forma subsidiaria parten de una alegación inicial; la adquisición de las acciones se realiza en base al folleto publicitario de venta, realizado con motivo de la ampliación de capital. Información en la que si bien se exponían algunas dificultades económicas de la entidad bancaria emisora, tales como incremento del volumen de morosos, riesgo que suponía el resultado de los litigios en curso, exposición al mercado inmobiliario, pues seguía teniendo en cartera muchos bienes de esa naturaleza, lo que aconsejaba incrementar su disponibilidad patrimonial, a ello iba orientada la ampliación de capital, se seguía presentando como una empresa solvente, sólida, que estaba atravesando una situación coyuntural. Era esa aparente solvencia, que la entidad bancaria mantenía en febrero de 2.017, lo que supuestamente lleva a la parte demandante a adquirir las acciones de febrero de ese año, objeto de este litigio, de ahí que se siga manteniendo la legitimación pasiva ad causam de la entidad apelante". (El resalte en negrita corresponde al ponente de la presente resolución).

En definitiva, lo que resulta esencial en este litigio y da lugar a la legitimación pasiva del Banco demandado conforme al art. 10 de la Lec Legislación citadaLEC art. 10 ., es la calidad de la información proporcionada por la entidad, no tanto respecto de las acciones adquiridas, producto que no puede ser calificado como complejo, sino su sobre salud financiera explicada con motivo de la ampliación de capital y cuyo objetivo indudable fue captar recursos económicos; porque es en esa información y en la confianza que generó donde se origina el error esencial en la formación del consentimiento contractual, al ser errónea e insuficiente, de manera que el Banco deberá pechar con todos los daños y perjuicios que hubiese ocasionado a los titulares de valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes.

Tratándose de un supuesto igual, cabe aplicar lo ya resuelto en su día y desestimar el motivo.

TERCERO

El siguiente motivo de apelación se refiere a la caducidad de la acción de nulidad respecto a la adquisición de acciones de 2012.

Considera el apelante que es incorrecta la desestimación de dicha excepción por parte de la juez a quo al aplicar la STS de Pleno 769/2014 de 12 de enero de 2015, que sólo resulta aplicable a los productos de inversión complejos.

Dice la sentencia de primera instancia: En la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, el Tribunal Supremo se pronunció sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio, previsto en el art. 1301 CC , conforme a dicha doctrina, posteriormente reiterada, el comienzo del plazo del ejercicio de la acción de anulación por error vicio en el consentimiento debe computarse desde que el demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error vicio que se invoca como motivo de anulación. En este caso, hasta la intervención de la JUR en el año 2017, la parte actora no pudo tener conocimiento de las circunstancias que alega como causa del error invalidante del consentimiento prestado para la adquisición de acciones de Banco Popular en el año 2012, por lo que, el 28 de febrero de 2019, cuando interpuso la demanda que ha iniciado el presente procedimiento el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.301 del CC no había transcurrido.

Ya esta sección también se ha pronunciado al respecto, así en sentencia de 25 de febrero de 2020 (RPL 670/19 Ponente Sra. González):

La excepción de caducidad propuesta por la parte demandada se desestima por el Magistrado a quo razonando que el dies a quo para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción debe fijarse cuando la actora tiene conocimiento real del producto financiero y de sus riesgos, situando ese conocimiento en el día 6 de junio de 2017, momento en que se pierde el capital invertido.

Sobre la cuestión de que se trata se pronuncia la Sentencia de esta Sala de 11 de enero de 2019 , con cita de la Sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia de 11 de abril de 2018 , en los siguientes términos:

"Según hemos indicado en la Sentencia dictada por esta Sala en fecha 20 de febrero de 2.018 (Rollo de Sala nº 534/2.017 Jurisprudencia citadaSAP , Baleares, Sección 4ª, 20-02-2018 (rec. 534/2017)):

"Para resolver la mencionada excepción, resulta esencial el criterio contenido en A.T.S. de 1 de febrero de 2.017, que reproduce en otras resoluciones y muy en particular en la sentencia de Pleno del mismo Tribunal nº 769/2.014, de 12 de enero de 2.015 , según la cual, "al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1301 en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla", tal como establece el art. 3 del Código Civil Legislación citadaCC art. 3 (...). La diferencia de complejidad entre las

relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1301 fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo del ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". Es ésta una doctrina constante y se contiene también en las S.S. T.S. de 12 de enero de 2.015, 7 de julio de 2.015, 16 de septiembre de 2.015, 29 de junio de 2.016, 1 de diciembre de 2.016, 20 de diciembre de 2.016, 13 de enero de 2.017 y 27 de febrero de 2.017."

"En el ámbito propio de este partido judicial, se deben citar las sentencias de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, nº 285/2.017, de 9 de octubre y de 19 de diciembre de 2.016 que, en línea con la sentencia de Valencia a que acabamos de hacer mención y refiriéndose igualmente al producto de inversión "Valores Santander", señalan que no es hasta el momento en que se produce el canje por acciones que puede saberse si el resultado final de la inversión tendrá pérdidas por el significativo descenso de la cotización de las acciones de la entidad financiera, afirmando igualmente que "las informaciones que pudieron ser remitidas, sean o no de tipo fiscal, no son suficientes para determinar la existencia de error, y del mismo modo la pignoración de dichas acciones para la obtención de un préstamo en el año 2.009, en la que se hizo constar una valoración de los bonos inferior a la suscrita, y reiteramos, que hasta el canje no pudo conocerse el error en el que habría incurrido de considerar que el capital invertido no podía tener pérdidas, o lo que es lo mismo, estaba garantizado". En la misma línea se encuentran las sentencias de la misma

Sección nº 267/2.017, de 28 de septiembre , 16/2.017, de 23 de enero y nº 368/2.016, de 19 de diciembre ."

Por consiguiente, el "dies a quo" o día inicial para el cómputo de los cuatro años es el día en que el producto de inversión pasa a convertirse en acciones, al ser el momento en que de una manera inexorable se consuma el contrato, ya que los valores adquiridos en su día dejan de existir para convertirse en acciones y es en ese trance en el que se conoce el precio de cotización e inversión (S.A.P. de Valencia, Sección Novena, nº 159/2.017, de 20 de marzo Jurisprudencia citadaSAP, Valencia, Sección 9^a, 20-03-2017 (rec. 2664/2016))".

No se advierten razones para no aplicar la doctrina que se ha expuesto al supuesto de autos. Es cierto que las operaciones que se cuestionan se refieren a acción, producto no considerado complejo, pero no puede obviarse que, como se razona en la resolución apelada, la amortización de las acciones y consiguiente pérdida de su valor no tuvo por causa la normal operativa del mercado bursátil, con sus eventuales ganancias o pérdidas, sino la situación en que llegó a encontrarse BANCO POPULAR S.A, y que motivó la adquisición de su capital por otra entidad y la amortización de las acciones. No puede, en consecuencia, situarse el inicio del plazo de caducidad de la acción en un momento anterior al que se señala en la resolución apelada, al representar el momento en que la actora pudo conocer la pérdida que sufría.

En el mismo sentido, la S.A.P. Sección 6^a de Pontevedra, de 13 de febrero de 2020:

Establece el art. 1301 CCLegislación citadaCC art. 1301 que la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Tiempo que empezará a correr en los casos de error o dolo desde la consumación del contrato. En productos financieros como son los de autos, acciones, que no tienen fijado un plazo de duración y en los que el hecho causante del error o dolo viene determinado por la deficiente información facilitada, tanto la que se desprende de los estados financieros de la entidad emisora, como la que se contiene en el folleto informativo -en la demanda se denunciaba que Banco Popular incumplió con sus deberes de información vulnerando las circulares del Banco de España sobre transparencia en operaciones financieras y los art. 78 y 79 LNV-, la jurisprudencia ha establecido que, en estos casos, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error, queda fijado en el momento en que el cliente adquirente del producto financiero haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error, de tal manera que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado.

Así, la STS de 30 de enero 2018 vuelve a recordarnos que la cuestión, ciertamente controvertida, ya ha sido resuelta a partir de la STS de Pleno de 12 de enero 2015 en la que se hacía una interpretación del 1301 CC, de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: "... En la fecha en que el art. 1301 CCLegislación citadaCC art. 1301 fue redactado, la escasa complejidad

que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho Europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

Aplicando la doctrina expuesta, en el caso que nos ocupa, sí existe un hito incontrovertido a partir del cual se puede afirmar que el inversor pudo conocer, o conoció realmente, los defectos en cuanto a la calidad de la información que ofrecía el folleto informativo y tomó conciencia de que los estados contables no ofrecían una imagen fiel de la entidad emisora, fue cuando se declaró la inviabilidad del Banco Popular en fecha 7 de junio 2017 con el acuerdo de la Junta Única de Resolución (JUR) que decretó la resolución de la entidad, provocando que el FROB amortizase todas las acciones de la referida entidad y la vendiese a Banco Santander por el simbólico precio de un euro, por lo tanto, es en la citada fecha cuando debe quedar determinado el dies a quo, de tal manera que antes del 7 de junio 2017 no puede comenzar a computarse el plazo de los cuatro años, de ahí que habiéndose presentado la demanda el día 24 de enero 2019, a esta fecha aún no había transcurrido el plazo de los cuatro años en relación a la suscripción de acciones del 2012, lo que conduce al rechazo del motivo impugnatorio.

El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO

Insiste la apelante respecto a la inidoneidad de la acción de anulabilidad ejercitada.

Sostiene, al respecto, la apelante que la normativa general del Código Civil relativa, entre otras cosas, a los requisitos de los contratos (y entre los requisitos de los contratos se encuentran los atinentes a su validez y eficacia, y la inexistencia de vicios susceptibles de anular el consentimiento), sólo opera de forma supletoria en la contratación mercantil, para el caso de que la situación no se encuentre regulada en el Código de Comercio o en las leyes mercantiles especiales, cuando: " 29. En el

caso que nos ocupa, precisamente el artículo 38.3 Legislación citada CCo art. 38.3 de la LMV regula dicha cuestión, en virtud del cual, para el caso de que el folleto de la emisión contenga informaciones falsas u omite datos relevantes, los sujetos a los que cabe considerar responsables del folleto estarían expuestos a una acción de responsabilidad concreta. 30. Ese remedio específico desplaza -en virtud de lo prevenido por el art. 50 del CCom Legislación citada CCo art. 50 - el posible remedio general del Código Civil consistente en el error-vicio, que trataría de fundarse en ese mismo estado de cosas (déficit de información al contratar sobre un aspecto relativo a la sustancia de la cosa no imputable al adquirente), con una consecuencia muy distinta, como es la anulación del contrato con restitución recíproca de prestaciones."

Esta alegación formulada de forma idéntica en el supuesto resuelto en la sentencia de la Sala antes invocada, de 7 de enero de 2020, merece la misma respuesta que entonces se dio:

Sin embargo, aprecia la Sala que tal interpretación apelatoria no puede ser atendida por ser discordante con la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 24/2016, de fecha 03/02/2016 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991^a, 03-02-2016 (rec. 1990/2015), Ponente Excmo. Sr. SARAZA JIMENA, que, en un supuesto de adquisición de acciones por pequeños inversores no expertos ante una oferta pública de una entidad financiera, accionando en base a un pretendido error en el consentimiento provocado por las inexactitudes en el folleto sobre la imagen de solvencia transmitida cuando hizo la oferta pública que no correspondía a la realidad (pérdida de la inversión tras la intervención y rescate público de la entidad financiera), además de concluir el Alto Tribunal en la improcedencia de la suspensión por causa penal en la que se estaba investigando el eventual engaño en la oferta pública de suscripción de acciones (suspensión también solicitada en nuestro caso, pero no reiterada en la alzada), el Tribunal supremo consideró que (el subrayado es añadido):

"4.- Que lo adquirido por los demandantes hayan sido acciones de una sociedad anónima no resulta obstáculo a la apreciación de la nulidad de la orden de suscripción de acciones por concurrencia de error vicio del consentimiento.

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, consideran que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores, actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, y 36 del Real Decreto 1310/2005), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital)

y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirman contra Immofinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a rembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 Legislación citada CC art. 1300 y 1303 del Código Civil Legislación citada CC art. 1303) cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)."

El motivo, pues, ha de ser igualmente desestimado.

QUINTO

Alega también la apelante, la inexistencia de vicio del consentimiento.

Alude a que el actor no ha probado la existencia del error invalidante del consentimiento, y que " 44....., el actor debería haber justificado probatoriamente que tomó la decisión de adquirir las acciones del banco Popular con base en las conclusiones que alcanzó al analizar la situación patrimonial y financiera que reflejaban los estados financieros correspondientes al folleto depositado ante la CNMV con ocasión de la ampliación de capital de 2016"

Al respecto, cabe decir que ya en el escrito de demanda se decía:

Mi mandante no tiene conocimientos específicos de productos financieros y siempre se fió de la información que el Banco Popular ofrecía públicamente a sus accionistas; información suministrada y ampliamente publicitada por el BANCO POPULAR (folleto resumen, medios periodísticos, documentos oficiales, etc..) y sus propios empleados en las oficinas. Las cifras sobre los resultados y la "imagen de fuerza corporativa" que ofreció la entidad hasta la amortización de las acciones en junio de 2017, y la información que la propia entidad emitía fueron elementos decisivos para la adquisición y mantenimiento de las acciones. Si se hubiera conocido que el banco tenía problemas de solvencia estructural, no se hubiera realizado las adquisiciones, ni las hubiera mantenido en el tiempo.

El Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 3 de febrero de 2016 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 9ª, 03-02-2016 (rec. 1990/2015), (Ponente Excmo. Sr. Sarazá Jimena), en línea concordante con la de la misma fecha del Ponente Excmo. Sr. Vela Torres, también relativa a un contrato de adquisición de acciones con motivo de una oferta pública de suscripción, establecía que:

"La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora.

1. - 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 y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían 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 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 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."

Con base en dicha doctrina, no puede reputarse válido el alegato de la recurrente y debe ser desestimado, de igual forma que hicimos en la sentencia de esta Sala antes citada de 25 de febrero de 2020, de forma que siguiendo su razonamiento cabe decir: 1) Lo relevante es determinar si, al tomar los demandantes la decisión de adquirir las acciones, disponían de información correcta sobre la solvencia del emisor y las perspectivas de reparto de dividendos, mediante el reflejo fiel de la situación económica y financiera del emisor. 2) La información debe ofrecerse a través del folleto informativo, registrado y aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de una oferta pública de venta o suscripción de valores (artículo 34.1.a) 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). Se exige en la normativa aplicable que el proyecto contenga información fácilmente analizable y comprensible que permita a los inversores hacer una evaluación de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas, perspectivas del emisor y derechos inherentes a los valores (artículos 35 y 37). 3) Esta información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de

dichas acciones. 4) No hacen falta especiales razonamientos, como apunta la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, para concluir que, si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes a las que más adelante se aludirá, 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 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. 5) Que el inversor haya o no leído el folleto presentado ante la CNMV no es cuestión determinante 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 llega, por diversas vías, a potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto. 6) La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que el error deba considerarse excusable pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora.

SEXTO

Se alega la inexistencia de información falseada o irregular suministrada para la suscripción de acciones del BANCO POPULAR S.A. Error en la valoración de la prueba.

Dice la apelante 55. El Juzgado a quo, limitándose a transcribir una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, llega a la conclusión de que Banco Popular falseó la imagen de su fortaleza financiera en los procesos de ampliación de capital de los años 2012 y 2016, "aparentando una solvencia patrimonial que no era real y que justifica la realidad del error en el consentimiento que invoca la parte actora", dando así portazo, sin mayor argumentación, a la controversia que nos ocupa en los presentes autos. 56. No obstante, para llegar a dicha conclusión la sentencia a quo incurre en un error en la valoración de la prueba, al haber realizado una valoración ilógica o arbitraria del conjunto de la prueba practicada.

No se comparte por la Sala tal alegación. Sólo será criticable la valoración del Juzgador a quo de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010, RIP n.º 1988/2005 , 11 de noviembre de 2010 , RIP n.º 1881/2005); o se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002); o se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18

diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995, 1 8 diciembre 2001 , 19 junio 2002).

La sentencia apelada ofrece una respuesta suficientemente argumentada, habiendo valorado la prueba practicada entre la que se encuentra un informe pericial de la actora, que sumada a los datos expuestos en su demanda y los documentos acompañados, resultan suficientes para poder resolver sobre el fondo de la cuestión controvertida, datos que por otra parte fueron en gran parte alegados y documentados por la apelada y no desmentidos ni impugnados por ésta.

Estos datos son pormenorizadamente analizados por la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zamora de 24 de mayo de 2019:

"Así, el 26 de mayo de 2016 Banco Popular publicó como hecho relevante la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. Así, se decía que se había acordado aumentar el capital social por un importe de 1.002.220.576'50 euros, emitiéndose 2.004.441.153 acciones por valor cada una de 0'50 euros, y con un tipo de emisión de 1,25 euros. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constando que "con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista" y "aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que "tras el Aumento de Capital, Banco Popular dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializasen parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de coberturas durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Banco Popular tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. Banco Popular ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018".

Por tanto, la finalidad del aumento de capital iba dirigido a reforzar la rentabilidad y solvencia de la entidad, y si bien se hablaba de la materialización de determinadas incertidumbres con efectos contables se decía las posibles pérdidas contables

quedarían cubiertas con el aumento de capital. Asimismo, se preveía que si los resultados del primer trimestre de 2017 eran positivos se reanudaría el pago de dividendos, habiendo previsto que en 2018 la ratio de pago de dividendo sería de 40%.

De esta forma, la imagen que transmitía la entidad no era la de una posible quiebra de la misma, sino la de ampliar el capital con la finalidad de compensar las "inciertas" posibles pérdidas de 2016, y con una clara evolución positiva que respecto al ejercicio de 2018 se preveía en términos claramente favorables a los inversores que hubiesen participado en la compra de acciones.

En el documento de conclusiones relativas al aumento de capital se decía que como consecuencia de la misma "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestros ratios de capital".

Es cierto que en la nota sobre las acciones y resumen difundida por la CMNV el 26 de mayo de 2016 (folleto informativo) -(doc. 3 de nuestra demanda)- se dice que "El banco estima que durante lo que resta del año 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses, c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, d) inestabilidad política derivada de aspectos tantos nacionales como internacionales, y e) incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entablados contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria". Se indica también que ese escenario de incertidumbre "aconsejan aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo."

Por tanto, los riesgos previsibles anunciados por la entidad se traducían en una posibilidad de pérdidas contables de unos 2.000 millones de euros en 2016, que la propia entidad preveía cubrir, a efectos de solvencia, como ya se ha dicho con el aumento de capital; y asimismo, aunque se hacía referencia a una posible suspensión del reparto de dividendos se preveía como puntual, avanzando la reanudación del reparto de dividendos en 2017.

El 3 de febrero de 2017- (doc. 30 contestación)- la CNMV hizo pública la nota de prensa de Banco Popular en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos.

Por su parte, la ratio de capital CET1 fully loaded proforma se ha visto afectada por algunos elementos volátiles y por las pérdidas del último trimestre. A finales del segundo trimestre esta ratio se situaba en el 13,71% y posteriormente ha sufrido variaciones por diferentes cuestiones, unas ordinarias y otras extraordinarias. Teniendo en cuenta todos estos factores, la ratio CET1 fully loaded proforma se sitúa en el 9,22% y la CET1 fully loaded se sitúa a finales de 2016 en el 8,17%.

El banco cuenta con capacidad de generación de capital mediante: La generación de beneficio: por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales. La reducción adicional de activos ponderados por riesgo a medida que avanzamos en la reducción de activos no productivos. Por cada 1.000 millones € de NPAs, c. 20 p.b. de generación de capital. La venta de autocartera y la reducción de minusvalías de renta fija, que nos permitirá generar 105 p.b. de capital.

Adicionalmente, otra de las alternativas del banco para generar capital de forma inorgánica sería la desinversión en negocios no estratégicos, que pueden generar unos 100 p.b. de capital."

El 3 de abril de 2017 -(doc. 6 demanda)- la demandada comunicó como hecho relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la "1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros". En las conclusiones se decía que "del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."

El 5 de mayo de 2017 -(doc. 37 contestación)- la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CETI phased in del banco es del 10'02% la ratio CETI

fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

El 11 de mayo de 2017 -(doc. 10 demanda y 46 contestación)- se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos.

El 15 de mayo de 2017 -(doc. 10 bis demanda y 47 contestación)- se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 de Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, y que la inspección que realizaba el Banco Central Europeo era parte de su programa de supervisión ordinaria.

El 6 de junio de 2017 se celebró reunión del Consejo de Administración de Banco Popular en que se decía que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros, que las validaciones habían permitido disponer de cerca de 3.500 millones de euros pero que ello no impedía que el incumplimiento de la ratio LCR hubiese dejado de ser provisional pasando a ser significativo a efectos de valoración de la inviabilidad del Banco. El consejo aprobó considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Popular esa situación.

El 7 de junio de 2017 -(doc. 49 contestación)- la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "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) 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 que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) nº 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." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) nº 806/2014, de 15 de julio de 2014 , previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la

amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015 , no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

De lo expuesto, resulta que la situación financiera reflejada no se correspondía con la que constaba y reflejaban los folletos informativos, no correspondiéndose con la situación económica financiera real de la entidad, sin que los actores como inversores no profesionales dispusiesen de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, que llevaron a declarar la inviabilidad de la entidad, procediendo a su intervención; acordándose la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro, transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015 .

Por ello, no resultando controvertida dicha información pública que ha devenido en general conocimiento a partir de la fecha de la transmisión de la entidad al Banco de Santander por valor 1 €, y amortización de todas las acciones a valor de 0€; hechos relevantes que igualmente han sido alegados por la parte demandada, acompañando con su contestación a la demanda documentación relativa a todos y cada uno de los extremos que han sido relatados en el anterior apartado; se entiende por esta Sala que con independencia de no haberse aportado a los presentes autos la pericial a la que se refiere la parte actora y la sentencia recurrida, los datos expuestos son suficientes para poder resolver sobre el fondo de la cuestión controvertida, datos que por otra parte fueron alegados por la apelada y no desmentidos ni impugnados por la demandada".

Ello implica, en suma, y a los efectos de concluir el tema, que debe facilitarse una información fiable sobre la entidad que emite unos valores, lo cual es absolutamente relevante ya que tratándose de acciones y adquiriendo una parte alícuota del capital societario, debe conocerse la situación de la entidad para valorar conveniencia o no de acometer la inversión sin perjuicio de ulteriores riesgos, lo que es esencial en una oferta Pública de Adquisición de acciones, la cual se define en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015 , de 23 de octubre, señalando que 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".

Entiende este juzgador que la información que se facilita en el folleto de emisión respecto a las cuentas de la entidad, no coincide con la realidad de la situación de la entidad a ese momento y en los meses previos, pues transmiten una idea de solidez de la entidad y de perspectivas de obtener beneficios para quien adquiera parte de su capital, cuando en menos de 6 meses afloran unas pérdidas de más de 3.000

millones de euros y en un año de más de 12.000 millones de euros, lo que revela una situación pésima que finalmente llevó a su resolución. No se acredita por la parte demandada, qué cambios se produjeron en un corto espacio de meses que ocasionaron esas enormes diferencias."

Estas conclusiones son totalmente aplicables al supuesto de autos que resulta idéntico, por lo que son enteramente acogidas.

La compra de acciones efectuada por el demandante estuvo claramente influida por la apariencia de solvencia que tanto el folleto, como las cuentas anuales de la entidad y las comunicaciones oficiales y publicitarias daban, cuando menos al pequeño inversor.

Hubo, por tanto, una presentación de la entidad emisora a cuyo capital accedía el comprador que no se correspondía con la realidad, con la exigible imagen fiel de la sociedad.

Discordancia que llevó a la pérdida del capital invertido y no por los avatares propios de un valor mobiliario, como son las acciones, sino por un punto de partida irreal, propiciado por la entidad demandada, lo que une en nexo causal adecuado y eficiente la incorrecta apariencia exhibida y comunicada con esa pérdida patrimonial.

Además debe reseñarse que en la tan aludida sentencia de 7 de enero de 2020 de esta Sala, igualmente resolvimos: En este sentido, la Sala debe recordar que existe un sector jurisprudencial mayoritario concordante con la sentencia de instancia, al que se sumó esta Audiencia Provincial como se evidencia en la sentencia de la Sección 4ª, núm. 85/2019, de fecha 18/03/2019 , Ponente Ilmo. Sr. LATORRE LÓPEZ, en la que, en un caso análogo seguido también contra el BANCO POPULAR, S.A. y en contra de lo allí dicho en la sentencia de instancia, no se estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad demandada ante una acción principal dirigida a obtener la nulidad del contrato por error esencial y excusable, o bien por dolo, que habrían afectado al consentimiento contractual de los actores, afirmando expresamente que adquirieron las acciones bajo la premisa de que la situación financiera del emisor era buena y ello a tenor de la información facilitada por la misma entidad. Explicando la Sección 4ª en dicha sentencia, en argumentos acogidos por esta Sala en la presente, lo que se dirá en el Fundamento jurídico siguiente de la presente resolución (Fundamento jurídico quinto)

.../....

QUINTO.- Por lo tanto, y como se ha anticipado, la Sala hace propias las consideraciones que, en un supuesto análogo al presente, realiza la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de Palma, dictada con el núm. 85/2019, de fecha 18/03/2019 , Ponente Ilmo. Sr. LATORRE LÓPEZ, que en un caso seguido también contra el BANCO POPULAR, S.A., las cuales sirven para neutralizar el resto de los motivos del recurso que ahora nos ocupa -resumidos en una pretendida falta de concurrencia de los presupuestos para atribución de responsabilidad civil derivada del folleto-, a saber:

"En tales condiciones, este Tribunal asume la tesis recogida en la S.A.P. de Asturias (Sección Cuarta) nº 366/2.018, de 17 de octubre Jurisprudencia citadaSAP, Asturias, Sección 4ª, 17-10-2018 (rec. 421/2018) , que resuelve un litigio en el que también fue parte BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., resolución que si bien acoge el recurso de apelación del Banco, considera sin embargo que tiene legitimación pasiva para ser demandado y afirma:

"a pesar de la no intervención directa de la entidad demandada en las últimas adquisiciones de acciones, no podemos negar la legitimación pasiva de la misma. Las pretensiones de la parte actora, ya sea la principal o las deducidas de forma subsidiaria parten de una alegación inicial; la adquisición de las acciones se realiza en base al folleto publicitario de venta, realizado con motivo de la ampliación de capital. Información en la que si bien se exponían algunas dificultades económicas de la entidad bancaria emisora, tales como incremento del volumen de morosos, riesgo que suponía el resultado de los litigios en curso, exposición al mercado inmobiliario, pues seguía teniendo en cartera muchos bienes de esa naturaleza, lo que aconsejaba incrementar su disponibilidad patrimonial, a ello iba orientada la ampliación de capital, se seguía presentando como una empresa solvente, sólida, que estaba atravesando una situación coyuntural. Era esa aparente solvencia, que la entidad bancaria mantenía en febrero de 2.017, lo que supuestamente lleva a la parte demandante a adquirir las acciones de febrero de ese año, objeto de este litigio, de ahí que se siga manteniendo la legitimación pasiva ad causam de la entidad apelante". (El resalte en negrita corresponde al ponente de la presente resolución).

En definitiva, lo que resulta esencial en este litigio y da lugar a la legitimación pasiva del Banco demandado conforme al art. 10 de la Lec Legislación citadaLEC art. 10 ., es la calidad de la información proporcionada por la entidad, no tanto respecto de las acciones adquiridas, producto que no puede ser calificado como complejo, sino su sobre salud financiera explicada con motivo de la ampliación de capital y cuyo objetivo indudable fue captar recursos económicos; porque es en esa información y en la confianza que generó donde se origina el error esencial en la formación del consentimiento contractual, al ser errónea e insuficiente, de manera que el Banco deberá pechar con todos los daños y perjuicios que hubiese ocasionado a los titulares de valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes.

En suma, el negocio jurídico que ha dado lugar al litigio se produce respecto de unas acciones del Banco demandado en origen para cuya contratación el consentimiento de los actores se ha formado a través de una información suministrada por la entidad financiera quien, además, las pone en el mercado secundario para que sean adquiridas y con ello ya ha adelanta aunque de forma abstracta, al no concretarse la parte vendedora en ese momento, su propio consentimiento contractual como vendedor, habiéndose beneficiado directamente del precio de las acciones, de tal modo que no afecta al Banco apelado el principio de relatividad contractual, que no puede apreciarse con carácter absoluto en estas circunstancias, mucho menos a la vista del art. 3.1 del Código Civil Legislación citadaCC art. 3.1 y de las características

de la contratación bursátil, en la que es habitual la intermediación para adquirir productos de terceros.

CUARTO.- Enfrentando ya la acción principal, basada en error del consentimiento contractual, esencial y excusable de los actores del litigio, traeremos a colación en primer lugar los criterios que sobre esta temática viene aplicando el Tribunal Supremo. Así, en su sentencia nº 8/2019, de 11 de enero Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 11-01-2019 (rec. 651/2016) , reitera su doctrina anterior y afirma:

"En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

Por consiguiente, resulta cardinal conforme a esta tesis que la empresa de inversión haya cumplido escrupulosamente y de forma veraz con tal deber de información, porque la bondad financiera del producto que ofrece y que ha de dimanar de la información ofrecida, sea este complejo o no, está en la misma base de la decisión de contratarlo por parte del cliente. No es extraño por ello que esta misma sentencia, con cita de la del mismo Tribunal nº 244/2013, de 18 de abril , destaque expresamente que el deber de información legalmente establecido constituye una obligación activa que vincula al Banco, más allá de la mera disponibilidad, es decir, no puede depender la adecuación y suficiencia de la información proporcionada de las iniciativas protagonizadas por los propios clientes, porque sin conocimientos expertos en el funcionamiento del mercado de valores -no nos consta que los posean los actores del pleito-, no pueden llegar a conocer qué tipo de información concreta han de buscar o requerir al profesional para que se les entregue.

Esta Sala es perfectamente consciente de que tales exigencias que son propias del deber de información que atañe a las entidades financieras se proyecta fundamentalmente sobre los productos financieros complejos, complejidad de la que carecen las acciones que cotizan en Bolsa y cuyos riesgos son evidentes para el público, y recordamos ahora que son precisamente acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. las adquiridas por los apelantes. Ahora bien, como pone de relieve la S.A.P. de Vizcaya (Sección Cuarta), nº 811/2018, de 26 de noviembre Jurisprudencia citadaSAP, Vizcaya, Sección 4ª, 26-11-2018 (rec. 524/2018) , en un supuesto análogo al presente, el hecho de que las acciones no se consideren producto financiero complejo, tal como determina el art. 217.1, a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre , no significa que "cuando se publicita una situación patrimonial, elementales deberes de buena fe, derivados tanto del principio general contenido en el art. 7.1 CCv, como del art. 1258 CCv para los contratos, supongan que no pueden escamotearse datos decisivos o presentarse de forma sesgada o incompleta, dando a entender una situación que no se corresponde con la realidad".

En este punto, conviene aludir, con la S.A.P. de Asturias (Sección Quinta) nº 334/2018, de 3 de octubre Jurisprudencia citadaSAP, Asturias, Sección 5ª, 03-10-2018 (rec. 346/2018) , que cita la S.A.P. de Valencia de 29 de diciembre de 2014, que el fundamento de la normativa contenida en la Ley de Mercado de Valores es la protección del inversor, desde el momento en que actúa en un mercado en que se negocian títulos de riesgo, el cual es evidente que comportan las acciones y es por ello que cobra tanta importancia el adecuado cumplimiento del deber de información por parte de las entidades financieras, para posibilitar que las decisiones de inversión se realicen con pleno conocimiento de lo que suponen, "y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos".

Por su parte, la S.T.S. de 3 de febrero de 2016 Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 03-02-2016 (rec. 1990/2015) afirma que "Si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre , tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones" (el resalte corresponde al ponente de esta resolución), de manera que es determinante que, en cualquier caso, la entidad emisora de las acciones proporcione, sin que pueda eximirse de hacerlo, información clara, real y comprensible sobre su situación económica, futura rentabilidad, etc., ya que tales datos son esenciales para formar la potencial voluntad del futuro inversor.

Junto con las consideraciones anteriores, también deben tenerse en cuenta en este caso específico tres factores que han de ponderarse conjuntamente: a).- las acciones adquiridas por los demandantes, aun cuando no correspondieran propiamente a la ampliación de capital del Popular y fuesen por tanto de las que ya existían, fueron compradas en el contexto de una operación de ampliación de capital de la citada entidad; b).- para decidirse por esta inversión, Don Pedro Jesús y Doña Delia respaldaron su iniciativa inversora en la información facilitada por el propio Banco demandado con motivo de la ampliación de capital del año 2016; y c).- 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 2016, 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.

En este último sentido no cabe olvidar que si, como dijimos, la adquisición de las acciones por los actores del litigio se produce en fecha 3 de junio de 2016, es sólo un año después, el 6 de junio de 2017, cuando el Banco Central Europeo comunica a la Junta Única de Resolución la inviabilidad de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., conforme al art. 18.4, c) del Reglamento UE nº 806/2014, de 15 de julio , considerando que la citada entidad no podía afrontar sus deudas y demás pasivos en el momento de su vencimiento, existiendo elementos objetivos que señalaban también que no lo podría hacer en un corto espacio de tiempo, circunstancias que llevaron al FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) a ejecutar dicho acuerdo, y tras la compra de la entidad por BANCO SANTANDER, S.A. por el precio simbólico de 1 €; de la totalidad del capital social del Popular, se produjo la amortización automática de los títulos que aparejó la pérdida total del capital. Estas circunstancias, plenamente acreditadas a través de los documentos 2 a 5 acompañados con la demanda que no han sido contradichos de contrario, muestran bien a las claras que la pérdida de la inversión no se produjo por el juego de la fluctuación habitual en la cotización de las acciones en el mercado y que todo adquirente debe asumir, sino a causa una situación financiera muy grave de BANCO POPULAR, S.A. que no se transmitió a los futuros adquirentes de acciones de la entidad en la información que se les suministró con motivo de la ampliación de capital del año 2016 y que originó finalmente la intervención del Banco.

Como ya dijimos, los demandantes exponen en que invirtieron en acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. ante el convencimiento de que era buena la salud financiera de la citada entidad y se refieren expresamente al comunicado que en fecha 26 de mayo de 2016 realizó aquél a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (documento nº 6 de la demanda). Se comprueba a la vista de dicho documento, en concreto de su punto 5 relativo al aumento de la ampliación de capital, la confianza del Banco en la normalización de su rentabilidad, algo que se concreta de forma muy significativa en la información que quiere hacer llegar a sus

clientes, destacando en las conclusiones que ofrece que esta operación es un hito en la normalización de la rentabilidad del Banco después de 2016 y en orden a la generación futura de capital, que permitirá mayor rentabilidad y eficiencia, acelerando los retornos, aceleración que se dará también en la reducción de activos improductivos, proporcionando mayor flexibilidad cuando el ciclo económico comience a ser favorable, de manera que a partir del año 2017 será el Banco capaz de retornar a buen ritmo a una política de dividendos en efectivo para sus accionistas, a la vez que sus ratios de capital.

El documento que acabamos de considerar tiene notable importancia, puesto que se trata, en definitiva, de la información que se pretende trasladar a los clientes sobre la ampliación de capital del Banco, de conformidad con el art. 228 del citado Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que debe ponerse en relación con el art. 17 del Reglamento (UE) nº 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

Por otra parte, la exposición que se efectúa en el hecho quinto de la demanda, en relación con la cronología de los hechos relevantes publicados por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. desde el anuncio de la ampliación de capital en mayo de 2016, debe ser asumido por la Sala porque no se discute por la parte contraria y resulta relevante en este aspecto que la auditoria interna de abril de 2017 realizada por Price Waterhouse Coopers Auditores, S.L. desveló que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2016 eran incorrectas, al existir insuficiencias en algunas provisiones de ese año después de la ampliación de capital de mayo, y suponían un desfase que se aproximaba a los 633 millones de euros.

Como pone de relieve la S.A.P. de Vizcaya (Sección Cuarta), nº 811/2.018, de 26 de noviembre Jurisprudencia citadaSAP, Vizcaya, Sección 4ª, 26-11-2018 (rec. 524/2018), en un supuesto semejante al que aquí enjuiciamos, la acción ejercitada no se fundamenta propiamente en la responsabilidad por folleto, sino que el respaldo de la pretensión de los demandantes estriba en una errónea representación de la situación económica y financiera de la entidad emisora, que entiende vicia su consentimiento por haberse presentado por el Banco como favorable cuando era negativa, escamoteando información precisa sobre su verdadero estado, que de haberse conocido por el cliente le hubiera determinado a no suscribir las acciones. Por lo tanto, se sustenta en el error esencial y excusable previsto en el art. 1.266 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1266 y, en su caso, dolo o infracción de normas imperativas.

Ante el criterio de la sentencia del Juzgado que no consideraba probada la falta de veracidad del folleto que sirvió para diseminar la información sobre la ampliación de capital de Banco Popular en el año 2016, indicando que pese al informe de PwC la realidad puede ser más compleja, refiriéndose a la fuga de depósitos en los últimos meses que publicaron los medios de comunicación, de forma que el actor no habría acreditado que exista información errónea o inveraz, tal como resolvió la S.A.P. de Asturias (Sección Sexta) nº 298/2018, de 16 de julio Jurisprudencia citadaSAP, Asturias, Sección 6ª, 16-07-2018 (rec. 282/2018), la mencionada resolución se refiere al mismo motivo que alega aquí el Banco para explicar lo sucedido, como es la masiva retirada de fondos de la entidad, afirmando que "Sin embargo 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 aportó como doc. nº 7 de la demanda (folio 73 de los autos), 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".

1. - 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. La incertidumbre que recoge la sentencia de instancia debe ser matizada, ya que la prueba documental citada, pues no hay otra salvo las alegaciones del banco apelado, lo que pone de manifiesto es que hubo retirada de fondos, pero no masiva ni decisiva según el propio banco.
2. - 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 (...).

Asumimos este criterio porque, efectivamente, también contamos con la comunicación de hecho relevante dirigida por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a la CNMV, de la indicada fecha (11 de mayo de 2017), en la que califica como falsa la existencia de datos de la Asociación Española de Banca, que indiquen la pérdida por el Banco de seis mil millones de euros en depósitos durante el mes de Enero. Y negó también que haya desistido de los procesos de desinversión de activos no estratégicos iniciados, que seguirían su curso normal.

Llegados a este punto, atendiendo a la situación económica precaria que ya tenía el Banco en el momento de la ampliación de capital de 2016 y a la información sesgada que proporcionó a sus potenciales clientes para animarles a adquirir sus acciones, entendemos que no tiene la relevancia que pretende la entidad el hecho de que las acciones compradas por los actores fueran de las ya existentes en el mercado secundario y no producto de tal ampliación, porque no hay diferencia alguna en cuanto a la naturaleza de unas acciones y otras y a su comportamiento en el mercado, sin olvidar que lo esencial es que decidieron los actores su inversión a partir de una información sobre el estado financiero de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. que no era real y que es la que contribuyó de forma esencial a generar el consentimiento contractual, se tomen en consideración unas acciones u otras a la hora de decidir la inversión.

Daremos un paso más recordando que la acción principal planteada por los actores, basada en vicio del consentimiento contractual, se sustenta en error esencial

excusable, respaldada, cabe reiterarlo, en una deficiente información tenida en cuenta a la hora de adquirir las acciones, o bien en el dolo de la entidad financiera. Es decir, en las hipótesis que de manera diferenciada acoge el art. 1.265 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1265 .

El art. 1.269 del mismo Código Legislación citadaCC art. 1269 es el que determina que hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes se induce al otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiese celebrado y como recuerda la S.T.S. de 26 de octubre de 1.981, la noción del dolo se identifica con la conducta insidiosa del agente, con la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción u omisión, de quien induce a otro a contratar. Pero el error esencial que contempla el art. 1.266 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1266 en su párrafo primero, constituido por una falsa representación de la realidad, puede producirse sin la concurrencia de dolo de la otra parte contratante. Es decir, por lo que al caso concierne, la acción principal también puede prosperar por una deficiencia significativa en la información proporcionada por el Banco que, sin ser dolosa, resulte insuficiente y que haya llevado a la contratación a través de una convicción errónea sobre la solvencia del Banco.

En este momento, conviene destacar que de acuerdo con el art. 30 bis de la Ley del Mercado de Valores , la oferta pública de venta o suscripción de valores se identifica con toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio y que recoja información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores ofrecidos, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores. Por su parte, el art. 27.1 de la misma Ley determina que el folleto informativo debe abarcar información sobre el emisor y los valores que van a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que exija la naturaleza específica del emisor y de los valores que 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. Además, esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible. De esta manera, el referido folleto pretende informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, y ello por ostentar la entidad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa de obtener beneficios, a fin de que sus destinatarios puedan tomar plena advertencia con consciencia asimismo de los riesgos que pueden afectar a su decisión, cuanto más considerando la calidad de la persona del inversor o adquirente y sus reales opciones a contrastar tal información. Por lo demás, ya hemos dicho que la información que proporciona el folleto es también fundamental cuando, con su respaldo, los inversores deciden adquirir acciones ya existentes de la entidad, como ocurre en este caso, no existiendo otra razón que derive de la prueba practicada y que explique su decisión de comprar acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Así las cosas, acogemos el criterio que sigue la S.A.P. de Asturias (Sección Quinta) nº 334/2018, de 3 de octubre Jurisprudencia citadaSAP, Asturias, Sección 5^a, 03-10-2018 (rec. 346/2018) , cuando afirma refiriéndose precisamente a BANCO

POPULAR ESPAÑOL, S.A. y al cliente que adquirió acciones de dicho Banco, que existió por parte de quien reclama un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no era tal, o por más decir de esperanza de una positiva rentabilidad futura que finalmente no tuvo lugar, hasta el punto de producirle una pérdida total de su inversión. Para llegar a esta conclusión la referida sentencia se apoya en la información precontractual proporcionada en que la entidad se refería a los riesgos, indicando:

"El banco estima que durante lo que resta del año 2016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables, así el crecimiento económico más débil, preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, entre otras. Señala a continuación que este escenario de incertidumbre aconseja aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio". Pero además tiene en cuenta, como antes también advertimos que "dicha entidad aludía en su propaganda informativa a un hito hacia la normalización de la rentabilidad después de 2016 y la generación de capital futura, permitiendo acelerar la reducción de activos improductivos, proporcionando una flexibilidad en un momento en que el ciclo económico empezaba a ser favorable, de manera que a partir de 2017 "Seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas, mientras continuamos reforzando nuestros ratios de capital".

Se refiere después la misma sentencia a unos datos objetivos de evidente interés y que aquí también hemos de contemplar, al afirmar:

"(...) en el año 2.013 el resultado neto consolidado del ejercicio fue en miles de euros de 254.393; en el año 2.014, 329.901; en el año 2.015, 105.934; en el primer trimestre de 2.016, 93.611; en el mes de junio de 2.016 (segundo trimestre) el resultado era negativo, -35.399, que a 31 de diciembre ascendió a -3.485.361. El 30-6-2017 ascendía a - 12.218.407, momento en que se toma la decisión de intervención.

Choca así que mientras en el primer trimestre de 2.016 las ganancias eran de más de 93.611, tan sólo a 30 de junio de 2.016 las pérdidas eran de 35.399, a 31 de diciembre de 2.016 de 3.485.361 y, finalmente, a 30 de junio de 2.017 de 12.218.407. Este progresivo y notable incremento de las pérdidas no se compadece únicamente con una falta de liquidez, por más que se aluda a la masiva retirada de fondos del mes de junio de 2.017.

A este respecto, y como se señala en la sentencia de 4-6-2018 de la Audiencia Provincial de Valladolid, "Es significativo que mientras en el primer trimestre de 2016 las ganancias eran de más de 93,6 millones, a 30 de junio de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 35 millones de Euros, a 31 de diciembre de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 3.485 millones de euros y a 30 de junio de 2.017 de algo más de 12.218 millones de euros. Aun cuando se partiera de la hipótesis que los

problemas fueron de liquidez por la enorme retirada de fondos del mes de junio de 2.017, ello no explicarían totalmente que en un año, de junio de 2.016 a junio de 2.017, afloraran pérdidas por valor de más de 12.183 millones de euros (12.218 menos 35 millones), un incremento de más del 34.800 %, y lo que en ningún caso tendría explicación por una retirada de fondos del mes de junio de 2.017 es que a 30 de junio de 2.016 las pérdidas fueran de algo más de 35 millones de euros y a 31 de diciembre de 2.016 esas pérdidas fueran de 3.485 millones de euros, lo que supone un incremento de 9.857 % en las pérdidas. Ello pone de manifiesto que no había sólo un problema de liquidez sino realmente de solvencia, pues de haber existido un problema únicamente de liquidez se habrían admitido por los organismos europeos las garantías que ofrecía para obtener esa liquidez, lo que no hicieron".

Los anteriores extremos han quedado reforzados en este litigio a la vista del informe de 23 de mayo de 2018 elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores e incorporado por los apelantes con su recurso, en el que el referido organismo propone a su Comité Ejecutivo que acuerde trasladar dicho informe a la Dirección General del Servicio Jurídico, a fin de que efectúe el correspondiente dictamen de legalidad previsto en el art. 36.3 del Reglamento de Régimen Interior de la misma Comisión, con el fin de que se pueda acordar la incoación de expediente sancionador a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y a las personas que seguidamente relaciona, por haber suministrado en el informe financiero anual consolidado del ejercicio de 2016 datos inexactos o no veraces, o con información engañosa, o que omite aspectos relevantes, con base en los ajustes que finalmente han sido determinados, a consecuencia de los hechos puestos de manifiesto por el Banco en su informe relevante de 3 de abril de 2017.

La Sala debe acoger este mismo planteamiento por las razones indicadas, estimando la acción principal por error esencial excusable en el consentimiento contractual producido por deficiente información en la situación financiera del Banco que él mismo facilitó en relación con la ampliación de capital de 2016 y que conformó el consentimiento contractual, lo que conlleva la estimación del recurso y, como decimos, de la acción principal planteada, con la consiguiente imposición de costas de primera instancia a la entidad demandada (art. 394.1 de la Lec Legislación citadaLEC art. 394.1 .) y sin que sea procedente imponer las producidas en esta alzada (art. 398.2 de la Lec Legislación citadaLEC art. 398.2)."

SÉPTIMO

Alega por último la apelante las sustanciales diferencias entre los casos de BANKIA y BANCO POPULAR.

No comparte, dice, la extrapolación que la sentencia realiza al caso que nos ocupa de las sentencias recaídas con motivo del caso BANKIA.

También sobre esto se ha resuelto en esta sección. En la antes citada sentencia de 25 de febrero de 2020:

Finalmente, se cuestiona por la parte se aplique al supuesto de autos la doctrina elaborada en torno al de BANKIA. No tiene en consideración la parte que, a diferencia de los supuestos que se abordan en las Sentencias que cita dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, en el presente se ha acompañado por la parte actora informe pericial. Y, aplicando resoluciones que abordan la adquisición de acciones de BANCO POPULAR, puede acudirse la SAP Baleares (Sección 4ª) de 18 de marzo de 2019 según la que, con cita de otras resoluciones:

"Así las cosas, acogemos el criterio que sigue la S.A.P. de Asturias (Sección Quinta) nº 334/2.018, de 3 de octubre Jurisprudencia citada SAP, Asturias, Sección 5ª, 03-10-2018 (rec. 346/2018) , cuando afirma refiriéndose precisamente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y al cliente que adquirió acciones de dicho Banco, que existió por parte de quien reclama un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no era tal, o por más decir de esperanza de una positiva rentabilidad futura que finalmente no tuvo lugar, hasta el punto de producirle una pérdida total de su inversión. Para llegar a esta conclusión la referida sentencia se apoya en la información precontractual proporcionada en que la entidad se refería a los riesgos, indicando:

" El banco estima que durante lo que resta del año 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables, así el crecimiento económico más débil, preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, entre otras. Señala a continuación que este escenario de incertidumbre aconseja aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio". Pero además tiene en cuenta, como antes también advertimos que "dicha entidad aludía en su propaganda informativa a un hito hacia la normalización de la rentabilidad después de 2.016 y la generación de capital futura, permitiendo acelerar la reducción de activos improductivos, proporcionando una flexibilidad en un momento en que el ciclo económico empezaba a ser favorable, de manera que a partir de 2.017 "Seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas, mientras continuamos reforzando nuestros ratios de capital".

Se refiere después la misma sentencia a unos datos objetivos de evidente interés y que aquí también hemos de contemplar, al afirmar:

"(...) en el año 2.013 el resultado neto consolidado del ejercicio fue en miles de euros de 254.393; en el año 2.014, 329.901; en el año 2.015, 105.934; en el primer trimestre de 2.016, 93.611; en el mes de junio de 2.016 (segundo trimestre) el resultado era negativo, -35.399, que a 31 de diciembre ascendió a -3.485.361. El 30-6-2017 ascendía a - 12.218.407, momento en que se toma la decisión de intervención.

Choca así que mientras en el primer trimestre de 2.016 las ganancias eran de más de 93.611, tan sólo a 30 de junio de 2.016 las pérdidas eran de 35.399, a 31 de

diciembre de 2.016 de 3.485.361 y, finalmente, a 30 de junio de 2.017 de 12.218.407. Este progresivo y notable incremento de las pérdidas no se compadece únicamente con una falta de liquidez, por más que se aluda a la masiva retirada de fondos del mes de junio de 2.017.

A este respecto, y como se señala en la sentencia de 4-6-2018 de la Audiencia Provincial de Valladolid, "Es significativo que mientras en el primer trimestre de 2016 las ganancias eran de más de 93,6 millones, a 30 de junio de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 35 millones de Euros, a 31 de diciembre de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 3.485 millones de euros y a 30 de junio de 2.017 de algo más de 12.218 millones de euros. Aun cuando se partiera de la hipótesis que los problemas fueron de liquidez por la enorme retirada de fondos del mes de junio de 2.017, ello no explicarían totalmente que en un año, de junio de 2.016 a junio de 2.017, afloraran pérdidas por valor de más de 12.183 millones de euros (12.218 menos 35 millones), un incremento de más del 34.800 %, y lo que en ningún caso tendría explicación por una retirada de fondos del mes de junio de 2.017 es que a 30 de junio de 2.016 las pérdidas fueran de algo más de 35 millones de euros y a 31 de diciembre de 2.016 esas pérdidas fueran de 3.485 millones de euros, lo que supone un incremento de 9.857 % en las pérdidas. Ello pone de manifiesto que no había sólo un problema de liquidez sino realmente de solvencia, pues de haber existido un problema únicamente de liquidez se habrían admitido por los organismos europeos las garantías que ofrecía para obtener esa liquidez, lo que no hicieron".

Y al igual que sucede en el supuesto analizado por dicha resolución, consta en el presente el acuerdo adoptado por el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre la incoación de expediente administrativo sancionador a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por haber suministrado información financiera con datos inexactos o no veraces en sus cuentas anuales de 2016.

OCTAVO

Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, las costas de esta alzada serán impuestas a la parte apelante.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Castañer, en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A., contra sentencia de 24 de enero de 2020 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Palma de Mallorca, y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en su integridad, con imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada.

De conformidad con la D.A. 15ª de la L.O.P.J. se acuerda la pérdida del depósito constituido, en su caso, para recurrir.

INFORMACION SOBRE RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse ante este tribunal, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, mediante escrito firmado por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Depósito

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, ha de aportar la parte el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección tercera de la Audiencia Provincial (0450), debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su notificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.