

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 N° 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 N° 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 9ª, 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 6ª 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 omita 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 991ª, 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 acción es 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 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 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 omita 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.

SAP Girona 103/2021, 11 de Febrero de 2021

Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

Número de Recurso: 637/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 103/2021

Fecha de Resolución: 11 de Febrero de 2021

Emisor: Audiencia Provincial - Girona, Sección 1ª

Id. vLex VLEX-863338263

Link: <https://app.vlex.com/#vid/863338263>

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - Primero
 - Segundo
 - Tercero
 - Cuarto
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - Segundo
 - Tercero
 - QUINTO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - SEXTO
- FALLO

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL: upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120198088238

Recurso de apelación 637/2020 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 447/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 1663000012063720

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Concepto: 1663000012063720

Parte recurrente/Solicitante: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a: Carlos Javier Sobrino Cortés

Abogado/a: MARINA SABIDO CORONADO

Parte recurrida: Carlos, Antonieta

Procurador/a: Laura Pagès Aguadé

Abogado/a: Albert Garcia Borrás

SENTENCIA Nº 103/2021

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo Carles Cruz Moratones

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 11 de febrero de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

En fecha 8 de septiembre de 2020 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 447/2019 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador Carlos Javier

Sobrino Cortés, en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A. Contra la Sentencia de fecha 28/04/2020 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Laura Pagès Aguadé, en nombre y representación de Carlos y Antonieta .

Segundo

El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de Carlos y Antonieta frente a BANCO SANTANDER SA, declaro la nulidad de la compra de las acciones realizadas en diciembre de 2012 y junio de 2016 y, en consecuencia, acuerdo que restituyan mutuamente las prestaciones derivadas de dichas operaciones, condenando a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 11.189,01€, más los intereses legales de esa cantidad desde las fechas de compra, con devolución por parte de los dividendos percibidos por razón de esas acciones.

Asimismo estimo la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada por la parte actora y, en consecuencia, condeno a la demandada a indemnizar a la actora en la cantidad de 9.632,76 €, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

Condeno al pago de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.

Tercero

El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 10/02/2021.

Cuarto

En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Antecedentes de interés.

La parte actora presentó demanda en la que solicitó que se declare la nulidad de la compra de acciones del Banco Popular Español de fecha 25 de junio de 2012 por importe de 9.649,53 euros, 5 de diciembre de 2012, adquisición de 15.462 títulos por importe de 6.200,26 euros, 20 de junio de 2016, adquisición de 3.991 títulos por importe de 4.988,75 euros y como consecuencia de dicha reclamación la condena a la entidad a restituir la suma de 11.189,01 euros, más los intereses legales devengados desde la reclamación extrajudicial. Subsidiariamente ejercitó la acción de daños y perjuicios.

La sentencia considera probada la existencia del error y estima íntegramente la demanda.

Recorre la demandada con base en los siguientes argumentos: a) error en la valoración de la prueba en cuanto a la situación del Banco Popular que expresaban las cuentas anuales del ejercicio precedente a la ampliación de capital, b), inexistencia de error en el consentimiento, caso de existir sería inexcusable, c) inexistencia de responsabilidad atendiendo al régimen especial previsto en el artículo 124 de la LMV.

SEGUNDO

Error en la valoración de la prueba en cuanto a la situación del Banco.

La apelante impugna la sentencia por errónea valoración de la prueba sosteniendo la falta de acreditación de las irregularidades de las cuentas anuales, ni el folleto de ampliación de capital del año 2016, así como que no puede equipararse la situación del Banco Popular cuando se realizó la OPA del 2016 con la situación de Bankia cuando salió a Bolsa.

Son muchas las sentencias de las Audiencias Provinciales que están estimando las demandas de inversores que adquirieron acciones del Banco Popular tras la OPA del año 2016. Así, sentencias de la AP de Barcelona de 1/10/2019, León de 20/09/2019, A Coruña de 11/09/2019, Valencia de 9/09/2019, Palma de Mallorca de 3/09/2019, Barcelona de 2/09/2019, Girona de 22/07/2019, Barcelona de 18/07/2019, Zamora 18/07/2019, Barcelona 10/07/2019, Alicante 8/07/2019, Valladolid 1/07/2019, Girona de 24/06/2019, entre otras muchas.

Muchas de estas sentencias se han basado en la notoriedad de la situación del Banco Popular entre la OPA de mayo del 2016 y su intervención y venta al Banco de Santander. Tales hechos se recogen con claridad en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (sección 4) de 26 de noviembre de 2018, nº recurso 524/2018.

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

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

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

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

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

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

Tras la ampliación capital y a pesar de ella se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación que dan noticias poco atractivas

como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias... todo lo cual conduce a una crisis de liquidez.

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

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

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

El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 "la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano". Y la JUR decide el mismo día "declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma", al valorar que el Banco Popular "está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público". Ello supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

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

La Decisión SRB/ees/2017708 de la JUR indica que "con carácter previo a la adopción de su decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar, ha recibido la valoración realizada por un experto independiente... De la referida valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de dos mil millones de

euros negativos (2000) y en el más estresado de ocho mil doscientos (8.200) millones de euros negativos. La valoración... ha informado la decisión de la JUR sobre la adopción del instrumento de venta del negocio...".

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

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

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

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

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

El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el Juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por la ampliación de capital del Banco Popular en 2016 . Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida".

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

Podremos estar discutiendo eternamente si las cuentas aprobadas en el año 2.016 respecto del ejercicio del

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

Y desde luego tal situación cuando fue intervenido no guarda relación con la retirada de fondos (que la propia entidad niega según el documento nº 9 de la demanda), sino que era consecuencia de una comprometida situación patrimonial que se ocultó para capitalizar el banco con la OPA de mayo-junio del 2016.

Indica la misma sentencia que:

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

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

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

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

Segundo

Con fecha 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE)

n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano.

Tercero

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

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

De ello se desprende que no era un problema de iliquidez por falta de fondos, sino de un problema grave de solvencia, no existiendo perspectivas razonables de medidas alternativas para impedir su inviabilidad. Si hubiera sido simplemente un problema de liquidez es claro que se hubiera podido solventar con la adopción de diversas medidas

O como indica la sentencia de la Secc. 1ª de la AP de Vitoria de 17 de junio del 2019, tras examinar de manera detallada la evolución de la realidad contable de la entidad a lo largo de varios ejercicios (2.012-2.017), concluye en la concurrencia de los presupuestos de las acciones de responsabilidad de los artículos 38 y 124 LMV. Dice esta resolución que:

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

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

En todo caso, lo importante es examinar si el inversor o comprador de las acciones, podía creer que lo hacía de un entidad solvente como se indicaba en el folleto elaborado, por mucho que se indicase en el mismo los riesgos existentes, pero que en ningún caso se mencionaban los riesgos graves que acontecieron un año después y que los administradores no podían ignorar, y lo cierto es que no tenía dicha solvencia, aunque pueda

finalmente decirse que los estados contables estuvieron correctamente elaborados, pues si en un año ocurre lo relatado la entidad tenía una solvencia más que dudosa, por lo que resulta claro el error de los inversores.

Debe señalarse que tal razonamiento ha sido avalado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero del 2016

QUINTO

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

1. - La recurrente distorsiona el contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que esta no afirma que sea notorio que la situación financiera de Bankia no se correspondiera con la real cuando salió a bolsa y que el folleto de la oferta pública de suscripción adoleciera de falta de veracidad en su contenido. Lo que afirma la Audiencia es que "resulta prueba bastante acreditativa" de tal extremo.
2. - Por otra parte, el recurso a los "hechos notorios" no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia.

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

"153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria non egent probatione [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003;

114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007, dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" .

"154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

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

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

Y sigue diciendo dicha sentencia con relación a las presunciones que

3. - Como acertadamente pone de relieve la parte recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial no acude a las presunciones judiciales para llegar a la conclusión de la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente se encontraba Bankia cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se reflejaba en el folleto que a tal efecto emitió. Lo que hace la Audiencia Provincial es tomar en consideración una serie de hechos (la inspección del Banco de España llevada a cabo en diciembre de 2010, la sanción impuesta a la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, la intervención del Banco de Valencia en noviembre de 2011, el informe de la Autoridad Bancaria Europea que fijaba en 1.329 millones de euros las necesidades de capitalización de Bankia tan solo tres meses y medio después de culminada la oferta pública de suscripción de acciones, y la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 que fueron presentadas a la CNMV en mayo de 2012 en las que se recogían unos beneficios de más de trescientos millones de euros, frente a las pérdidas de unos tres mil millones de euros que resultaron de la formulación de dichas cuentas tan solo veinte días después), valorarlos y sacar las conclusiones que considera adecuadas.
4. - Asimismo, la Audiencia Provincial ha valorado determinadas pruebas, como son los informes de los peritos judiciales, técnicos del Banco de España, designados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 en el proceso penal que se sigue contra los directivos de Bankia. Es por ello que, en el desarrollo del

motivo, Bankia ha criticado severamente la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. Pero esto no hace sino confirmar que la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial (que los datos que contenía el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenían graves inexactitudes pues no recogían la verdadera situación patrimonial y financiera de Bankia, ni los beneficios realmente obtenidos) no lo ha sido mediante una presunción judicial, sino por la valoración de la prueba practicada y por la consideración conjunta de los datos fijados en el proceso.

TERCERO

El error como vicio del consentimiento. Error sobre la valoración de la prueba que aprecia de dicho error.

Sin desconocer los criterios discrepantes de la jurisprudencia al respecto, esta Sala ha venido diciendo de forma reiterada que el artículo 1.261 del Código civil establece que no hay contrato sino cuando concurre, entre otros requisitos, consentimiento de los contratantes y existe el mismo cuando existe un acuerdo de voluntades sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La exigencia de la voluntad o del consentimiento es la expresión fundamental de la libertad creadora de la persona en el Derecho privado, por ello el consentimiento o el acuerdo de voluntades es el punto de partida ineludible en la contratación del contrato de nuestro Código civil, de tal forma que si no existe o está viciado, no existirá el contrato o podrá instarse su nulidad. Sin embargo, se ha venido aceptando que pueda surgir un contrato sin verdadera voluntad contractual en alguna de las partes, fundándose en la idea de responsabilidad negocial, de tal forma que cuando la disconformidad entre la declaración y la voluntad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe. Por ello según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005, 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia".

Sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes

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

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

Dice el Tribunal Supremo en dicha sentencia lo siguiente:

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

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

" Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error ."

Y sigue diciendo que

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

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

CUARTO

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El artículo 2 incluye las acciones de sociedades como instrumento financiero comprendido en su ámbito de aplicación.

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

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

Los artículos 26 y siguientes de la misma Ley regulan los requisitos de información para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial, entre ellos la aprobación y registro de un folleto informativo que contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

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

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

Resulta evidente que la situación financiera del Banco Popular que publicó en el folleto de su salida a Bolsa no era la real. Resulta indiferente valorar si tal situación financiera se hizo de forma engañosa o no, pero en lo que no existe duda es que por mucho que se intente justificar en la crisis económica o en la valoración de los activos financieros de forma distinta o en la retirada masiva de depósitos, lo que no se comprende que tras un reformulación de las cuentas anuales se pase en un año de una situación de solvencia, aunque con riesgos, los cuales motivaron la oferta de acciones para solventar la situación, a una situación de quiebra y la necesidad de su intervención pública, por lo que hubiera o no engaño, el error del inversor fue evidente, pues pensaba y confiaba en que compraba unas acciones de una entidad solvente cuando ello no se correspondía a la realidad. Siendo imposible que el inversor minorista, como ocurre con los demandantes, pudieran evitar tal error, pues dependía exclusivamente de la información veraz que debía entregar la demandada.

Por lo tanto, habiendo quedado demostrada la existencia de un error esencial en el consentimiento otorgado por los demandantes cuando suscribieron el contrato de compra de acciones impugnado, la anulabilidad del contrato de adquisición de acciones debe ser estimada, pues el error era excusable y recae sobre un elemento esencial del mismo, la solvencia de la sociedad, que de haber llegado a conocer la auténtica situación

económica y financiera de la entidad financiera demandada, no hubiese invertido su dinero en la compra de sus acciones. Así como, la responsabilidad de la entidad demanda respecto de las acciones que se adquirieron en el mercado secundario, pues como se ha dicho, fueron adquiridas por mediación del Banco y con la misma información errónea que se transmitió para la adquisición del resto de acciones

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

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.

SEXTO

Sobre las costas en apelación.

Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de apelación formulado por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Girona en los autos de Juicio Ordinario 447/2019 -F el 28 de abril de 2020, que CONFIRMAMOS, condenando a la apelante al pago de las costas de esta alzada.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados: D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

SAP Girona 122/2021, 17 de Febrero de 2021

Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

Número de Recurso: 655/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 122/2021

Fecha de Resolución: 17 de Febrero de 2021

Emisor: Audiencia Provincial - Girona, Sección 1ª

Id. vLex VLEX-863338786

Link: <https://app.vlex.com/#vid/863338786>

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - Primero
 - Segundo
 - Tercero
 - Cuarto
- FUNDAMENTOS DE DERECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - Segundo
 - Tercero
 - QUINTO
 - TERCERO
 - CUARTO
 - SEXTO
- FALLO

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL: upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188249456

Recurso de apelación 655/2020 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1673/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 1663000012065520

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Concepto: 1663000012065520

Parte recurrente/Solicitante: EMBUTIDOS CAULA S.L.

Procurador/a: Laura Pagès Aguadé

Abogado/a: Albert Garcia Borrás

Parte recurrida: BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador/a: Carlos Javier Sobrino Cortés

Abogado/a: MARINA SABIDO CORONADO

SENTENCIA Nº 122/2021

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo Carles Cruz Moratones

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 17 de febrero de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

En fecha 16 de septiembre de 2020 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1673/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Laura Pagès

Aguadé, en nombre y representación de EMBUTIDOS CAULA S.L. Contra la Sentencia de fecha 06/03/2020 y en el que consta como parte apelada el Procurador Carlos Javier Sobrino Cortés, en nombre y representación de BANCO DE SANTANDER S.A.

Segundo

El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

FALLO Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Embutidos Caula S.L debo declarar y declaro la nulidad del contrato de 8 de junio de 2016 de adquisición de derechos de suscripción y del contrato de adquisición de 1937 acciones de Banco Popular Español S.A de fecha de 20 de junio de 2016, condenando a Banco de Santander S.A a restituir a Embutidos Caula S.L la cantidad de 2.522,2 € y a Embutidos Caula S.L a restituir los rendimientos obtenidos por dichas acciones, en ambos casos con los intereses al tipo legal del dinero desde la fecha de entrega de cada una de las cantidades. No se hace imposición de las costas procesales

Tercero

El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 10/02/2021.

Cuarto

En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Antecedentes de interés.

La parte actora presentó demanda en la que solicitó que se declare la nulidad de la compra de acciones del Banco Popular Español. Expuso que el 26 de noviembre de 2012 adquirió derechos de acceso a la ampliación de capital del Banco Popular de diciembre de 2012 por importe de 1.240,25 € y en fecha de 5 de diciembre de 2012 adquirió 10.002 títulos de dicha ampliación por importe de 4.010,80 €. Igualmente, en fecha de 8 de junio de 2016 adquirió derechos de acceso a la ampliación de capital del Banco Popular de junio por importe de 0,95 € y en fecha de 20 de junio de 2016 adquirió 1937 títulos de dicha ampliación por importe de 2.421,25 €, realizando una inversión total de 7.673,25 €. Razona que desde el año 2008 las cuentas no reflejaban la verdadera situación patrimonial de la entidad, lo que le indujo a error.

La sentencia considera probada la existencia del error respecto de las acciones adquiridas en el 2016, pero no respecto de las adquiridas en 2012 y estima parcialmente la demanda.

Recurren ambos reiterando lo peticionado en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

SEGUNDO

Error en la valoración de la prueba en cuanto a la situación del Banco.

La demandada impugna la sentencia por errónea valoración de la prueba sosteniendo la falta de acreditación de las irregularidades de las cuentas anuales, ni el folleto de ampliación de capital del año 2016, así como que no puede equipararse la situación del Banco Popular cuando se realizó la OPA del 2.016 con la situación de Bankia cuando salió a Bolsa.

Son muchas las sentencias de las Audiencias Provinciales que están estimando las demandadas de inversores que adquirieron acciones del Banco Popular tras la OPA del año 2016. Así, sentencias de la AP de Barcelona de 1/10/2019, León de 20/09/2019, A Coruña de 11/09/2019, Valencia de 9/09/2019, Palma de Mallorca de 3/09/2019, Barcelona de 2/09/2019, Girona de 22/07/2019, Barcelona de 18/07/2019, Zamora 18/07/2019, Barcelona 10/07/2019, Alicante 8/07/2019, Valladolid 1/07/2019, Girona de 24/06/2019, entre otras muchas.

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

"En el 2016 Banco Popular tuvo problemas de capitalización, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2016 que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2016 por 2.505

millones de euros; previamente en el año 2012 se había realizado otra ampliación de capital.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 "la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano". Y la JUR decide el mismo día " declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma", al valorar que el Banco Popular "está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público". Ello supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

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

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

En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Adela, Presidenta de la Junta Única de Resolución

que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander.

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

La Comisión de investigación del Congreso de los Diputados pidió el informe a la Unión Europea, pero no se facilitó por lo que se recurrió tal negativa de la JUR a

facilitar el informe quien en fechas recientes ha indicado que lo hará público a los interesados.

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

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

El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el Juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por la ampliación de capital del Banco Popular en 2016. Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida".

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

Podremos estar discutiendo eternamente si las cuentas aprobadas en el año 2016 respecto del ejercicio del

2015 estaban correctamente elaboradas, pero es contrario a la lógica pensar que una entidad bancaria de la envergadura que ha tenido el Banco Popular se encuentre en quiebra en el mes de junio, teniendo que ser intervenido y vendido por un euro y que en el año anterior, tras una ampliación de capital fuera solvente, aunque con riesgos derivados de procesos judiciales por su exposición a créditos inmobiliarios.

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

Indica la misma sentencia que:

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

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

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

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

Segundo

Con fecha 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE)

n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano.

Tercero

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

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

De ello se desprende que no era un problema de iliquidez por falta de fondos, sino de un problema grave de solvencia, no existiendo perspectivas razonables de medidas alternativas para impedir su inviabilidad. Si hubiera sido simplemente un problema

de liquidez es claro que se hubiera podido solventar con la adopción de diversas medidas

O como indica la sentencia de la Secc. 1ª de la AP de Vitoria de 17 de junio del 2019, tras examinar de manera detallada la evolución de la realidad contable de la entidad a lo largo de varios ejercicios (2.012-2.017), concluye en la concurrencia de los presupuestos de las acciones de responsabilidad de los artículos 38 y 124 LMV. Dice esta resolución que:

" A la luz del resultado de la valoración de la prueba practicada, se concluye que la información reflejada en la contabilidad del Banco Popular reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel. Este resultado se alcanzó por haber efectuado una estimación inadecuada, a la baja, de las necesidades de cobertura de la entidad frente a los niveles de morosidad de su clientela y por no reflejar la pérdida de valor de activos dudosos. Esta falta de rigor y prudencia en sus estimaciones le permitió, a su vez, documentar un mejor resultado en los ejercicios 2013, 2014 y 2015 y afirmar que el propósito de la ampliación de capital de junio de 2016 era el de reforzar la solvencia de la entidad, cuando en realidad había necesidad de aumentar los niveles de cobertura del banco y absorber la pérdida de valor de elementos del activo. Esta información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la demandante, en su condición de inversora. Este daño consistió en la pérdida total de la inversión por la decisión de las autoridades de supervisión de proceder a la total amortización del capital de Banco Popular y simultáneo incremento de capital del mismo para ofrecer su compra en subasta restringida (operación acordeón) adjudicada a BANCO SANTANDER, S.A. Se aprecia dicho nexo causal porque, aun cuando la demandante admite que decidió comprar acciones de una entidad con problemas de liquidez, la situación del banco era mucho peor que la reflejada en sus cuentas y el problema de liquidez suponía, en realidad, un grave problema de viabilidad de la entidad. La existencia de dudas en el mercado sobre la aparente solvencia del banco, reflejadas en las comunicaciones dirigidas por la entidad a la CNMV, detonaron en una retirada masiva de depósitos cuando la auditora externa, después de operado un cambio en el órgano de dirección de Banco Popular, comunicó la necesidad de incrementar determinadas provisiones. Si bien estos cambios no tenían, en relación a la magnitud de los valores del banco, relevancia suficiente para justificar una situación de iliquidez absoluta, representaban la confirmación de que las estimaciones empleadas por la sociedad no estaban correctamente ajustadas y ello desembocó en la retirada masiva de depósitos a la que alude la demandada. Desde la perspectiva de la demandante, esta información inexacta se encuentra causalmente conectada con el daño sufrido en dos ámbitos: porque su decisión de invertir se basó en un estado del banco que no se correspondía con su imagen fiel; y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la falta de ajuste de los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad provocó que la clientela retirara los fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando a Banco Popular en situación de inviabilidad actual o inmediata (Fail or Likely to Fail, FOLF). "

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

Debe señalarse que tal razonamiento ha sido avalado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero del 2016

QUINTO

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

1. - La recurrente distorsiona el contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que esta no afirma que sea notorio que la situación financiera de Bankia no se correspondiera con la real cuando salió a bolsa y que el folleto de la oferta pública de suscripción adoleciera de falta de veracidad en su contenido. Lo que afirma la Audiencia es que "resulta prueba bastante acreditativa" de tal extremo.
2. - Por otra parte, el recurso a los "hechos notorios" no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia.

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

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

"154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

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

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

Y sigue diciendo dicha sentencia con relación a las presunciones que

3. - Como acertadamente pone de relieve la parte recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial no acude a las presunciones judiciales para llegar a la conclusión de la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente se encontraba Bankia cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se reflejaba en el folleto que a tal efecto emitió. Lo que hace la Audiencia Provincial es tomar en consideración una serie de hechos (la inspección del Banco de España llevada a cabo en diciembre de 2010, la sanción impuesta a la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, la intervención del Banco de Valencia en noviembre de 2011, el informe de la Autoridad Bancaria Europea que fijaba en 1.329 millones de euros las necesidades de capitalización de Bankia tan solo tres meses y medio después de culminada la oferta pública de suscripción de acciones, y la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 que fueron presentadas a la CNMV en mayo de 2012 en las que se recogían unos beneficios de más de trescientos millones de euros, frente a las pérdidas de unos tres mil millones de euros que resultaron de la formulación de dichas cuentas tan solo veinte días después), valorarlos y sacar las conclusiones que considera adecuadas.
4. - Asimismo, la Audiencia Provincial ha valorado determinadas pruebas, como son los informes de los peritos judiciales, técnicos del Banco de España, designados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 en el proceso penal que se sigue contra los directivos de Bankia. Es por ello que, en el desarrollo del motivo, Bankia ha criticado severamente la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. Pero esto no hace sino confirmar que la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial (que los datos que contenía el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenían graves inexactitudes pues no recogían la verdadera situación patrimonial y financiera de Bankia, ni los beneficios realmente obtenidos) no lo ha sido mediante una presunción judicial, sino por la valoración de la prueba practicada y por la consideración conjunta de los datos fijados en el proceso.

Dando respuesta al recurso de la parte actor respecto de la desestimación de la demanda en cuanto a la adquisición de acciones del año 2012 hemos de decir que vista la situación del Banco entendemos que no cabe hacer la distinción que hace la sentencia de instancia, siendo por otra parte cierto, como pone de manifiesto

el recurrente, que esta Sala ha estimado la acción de nulidad en casos idénticos al presente referida no solo a la adquisición de acciones de 2016, sino también a las efectuadas en ejercicios anteriores y ello porque la grave situación en que se encontraba el Banco que dio lugar a la compra por un euro con la consiguiente pérdida total de la inversión por parte de los inversores trae causa de años anteriores.

TERCERO

El error como vicio del consentimiento. Error sobre la valoración de la prueba que aprecia de dicho error.

Sin desconocer los criterios discrepantes de la jurisprudencia al respecto, esta Sala ha venido diciendo de forma reiterada que el artículo 1.261 del Código civil establece que no hay contrato sino cuando concurre, entre otros requisitos, consentimiento de los contratantes y existe el mismo cuando existe un acuerdo de voluntades sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La exigencia de la voluntad o del consentimiento es la expresión fundamental de la libertad creadora de la persona en el Derecho privado, por ello el consentimiento o el acuerdo de voluntades es el punto de partida ineludible en la contratación del contrato de nuestro Código civil, de tal forma que si no existe o está viciado, no existirá el contrato o podrá instarse su nulidad. Sin embargo, se ha venido aceptando que pueda surgir un contrato sin verdadera voluntad contractual en alguna de las partes, fundándose en la idea de responsabilidad negocial, de tal forma que cuando la disconformidad entre la declaración y la voluntad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe. Por ello según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005, 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia".

Sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha

legislación, la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores, la cual deberá tomarse en consideración para resolver el presente litigio.

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

Dice el Tribunal Supremo en dicha sentencia lo siguiente:

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

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

" Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa

que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error ."

Y sigue diciendo que

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

Por lo tanto, a la vista de dicha moderna doctrina jurisprudencial que supera la concepción tradicional en la contratación, aunque se refiere a un producto financiero

distinto al objeto de este litigio, en atención, bien a determinados sujetos o bien al objeto contratado, toda la argumentación del recurrente sobre la doctrina general del error en el consentimiento, como sobre la carga de la prueba debe ser rechazada.

CUARTO

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El artículo 2 incluye las acciones de sociedades como instrumento financiero comprendido en su ámbito de aplicación.

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

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

Los artículos 26 y siguientes de la misma Ley regulan los requisitos de información para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial, entre ellos la aprobación y registro de un folleto informativo que contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

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

Por lo tanto, el cumplimiento del deber de información corresponde a la parte demandada, comprendiendo toda la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores de que se trate, debiendo destacarse que el artículo 28-2 de la LMV exige que el actor del folleto

informativo debe declarar que los datos son conformes a la realidad y que no se omitan hechos que por su naturaleza pudiera alterar su alcance. Lo cual a su vez resulta indiferente que tal folleto haya sido o no aprobado por el supervisor administrativo, pues, en todo caso, la responsabilidad en la emisión del folleto y en su contenido corresponde a la entidad que realiza la oferta pública de acciones.

Resulta evidente que la situación financiera del Banco Popular que publicó en el folleto de su salida a Bolsa no era la real. Resulta indiferente valorar si tal situación financiera se hizo de forma engañosa o no, pero en lo que no existe duda es que por mucho que se intente justificar en la crisis económica o en la valoración de los activos financieros de forma distinta o en la retirada masiva de depósitos, lo que no se comprende que tras una reformulación de las cuentas anuales se pase en un año de una situación de solvencia, aunque con riesgos, los cuales motivaron la oferta de acciones para solventar la situación, a una situación de quiebra y la necesidad de su intervención pública, por lo que hubiera o no engaño, el error del inversor fue evidente, pues pensaba y confiaba en que compraba unas acciones de una entidad solvente cuando ello no se correspondía a la realidad. Siendo imposible que el inversor minorista, como ocurre con los demandantes, pudieran evitar tal error, pues dependía exclusivamente de la información veraz que debía entregar la demandada.

Por lo tanto, habiendo quedado demostrada la existencia de un error esencial en el consentimiento otorgado por los demandantes cuando suscribieron el contrato de compra de acciones impugnado, la anulabilidad del contrato de adquisición de acciones debe ser estimada, pues el error era excusable y recae sobre un elemento esencial del mismo, la solvencia de la sociedad, que de haber llegado a conocer la auténtica situación económica y financiera de la entidad financiera demandada, no hubiese invertido su dinero en la compra de sus acciones. Así como, la responsabilidad de la entidad demanda respecto de las acciones que se adquirieron en el mercado secundario, pues como se ha dicho, fueron adquiridas por mediación del Banco y con la misma información errónea que se transmitió para la adquisición del resto de acciones

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

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.

SEXTO

Sobre las costas.

Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto por el banco de Santander y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

Asimismo debemos estimar el recurso presentado por Embutidos Caula S.L., sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada, estimando la demanda y condenando a la demandada al pago de las costas causadas en la instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de apelación formulado por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona en los autos de Juicio Ordinario 1673/2018-C el 6 de marzo de 2020, que REVOCAMOS, con los siguientes pronunciamientos:

- 1.- **Estimar íntegramente la demanda presentada por Embutidos Caula, S.A. frente a Banco de Santander S.A.,** condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 7.673,25 euros con más los intereses legales desde la compra de las acciones hasta el completo pago, debiendo la parte actora retornar a su vez las cantidades percibidas en concepto de intereses o rendimientos, con más los intereses devengados desde que los percibió. Ambos importes podrán compensarse.
- 2.- **Condenar a la demandada al pago de las costas causadas en este pleito e instancia.**

Condenar al Banco de Santander S.A. al pago de las costas causadas en esta alzada por su recurso, sin hacer pronunciamiento respecto de las causadas por el recurso de Embutidos Caula, S.A.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados: D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin

perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Ponente: JOSE MANUEL ARIAS RODRIGUEZ

Número de Recurso: 756/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 517/2020

Fecha de Resolución: 10 de Diciembre de 2020

Emisor: Audiencia Provincial - Madrid, Sección 10ª

Id. vLex VLEX-862732435

Link: <https://app.vlex.com/#vid/862732435>

Texto

Contenidos

- ANTECEDENTES DE HECHO
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
 - TERCERO
 - CUARTO
- FUNDAMENTOS JURIDICOS
 - PRIMERO
 - SEGUNDO
- FALLO

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933917,914933918

37007740

N.I.G.: 28.092.00.2-2019/0016851

Recurso de Apelación 756/2020

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Móstoles

Autos de Procedimiento Ordinario 1536/2019

APELANTE: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. JOSE ALVARO VILLASANTE ALMEIDA

APELADO: D./Dña. Regina y D./Dña. Adrian

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

SENTENCIA Nº 517/2020

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En Madrid, a diez de diciembre de dos mil veinte .

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1536/2019 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Móstoles a instancia de BANCO SANTANDER SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. JOSE ALVARO VILLASANTE ALMEIDA y defendido por Letrado, contra D./Dña. Regina y D./Dña. Adrian apelados - demandantes, representados por el/la Procurador D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER y defendidos por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 30/06/2020.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, siendo Magistrado Ponente D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 30/06/2020, cuyo fallo es el tenor siguiente: "Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda** interpuesta por el/la Procurador/a D./Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de D. Adrian Y DÑA. Regina, en los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado contra BANCO SANTANDER S.A., **se DECLARA la nulidad de las órdenes de suscripción de Derechos de Adquisición y Acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., en cuya virtud la**

actora adquirió en fecha 14.11.2012, 35.906 Derechos de Suscripción Preferente por valor de 16.804,01 euros, en fecha 5.12.2012, 107.718 Acciones por valor de 43.194,92 euros y en fecha 20.6.2016, 4.784 Acciones por valor de 5.980 euros. Y el consiguiente reintegro entre las partes de las prestaciones recíprocas, debiendo la demandada devolver a la actora la cantidad total de SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO(65.978,93 euros). Esta cantidad deberá incrementarse con los intereses legales devengados desde la fecha de la inversión. Por su parte, la demandante deberá proceder a la devolución de cualquier cantidad que hubiera podido percibir en razón de los citados títulos, incrementada en los intereses legales desde su percepción. La cantidad resultante devengará, desde la fecha de esta resolución, los intereses del art. 576 LEC. Y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas".

SEGUNDO

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO

Por providencia de esta Sección, de fecha 2 de diciembre de 2020, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 9 de diciembre de 2020.

CUARTO

En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

Se recurre en apelación por la representación procesal de la entidad demandada la sentencia dictada en primera instancia, estimatoria de los pedimentos deducidos en la demanda solicitando su revocación y sustitución por otra que desestime íntegramente la demanda. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC y asentado en varios motivos de disenso que delimitan el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia y a través de los que se denuncia: 1) la infracción del artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital. 2) La conculcación de los artículos 216 y ss., 326 y 348 de la LEC y 24 de la CE. 3) Derogación de la responsabilidad de la entidad bancaria por la Ley 11/2015, de 18 de junio, y vulneración del artículo 1265 y 1266 del CC.

El primer motivo de impugnación acusa infracción del artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital y en su desarrollo integrador se aduce sustancialmente que se yerra en la sentencia recurrida al considerar aplicable la acción de anulabilidad de los contratos sinalagmáticos a un contrato de suscripción de acciones en una ampliación de capital, tratando al demandante como inversor ajeno a la empresa y no como propietario de una parte alícuota del capital social y aplica un remedio al que no deberían tener acceso los accionistas de una sociedad. Sin embargo, la problemática que se plantea en el reparo ha sido ya examinada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 3/2/2016, así como por esta Audiencia Provincial, entre otras, habiéndose declarado en la sentencia de 3/2/2016 que es cierto que un sector muy destacado de la doctrina comunitaria y nacional, así como diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello parten de la base de la doctrina de la sociedad nula o de hecho es también aplicable a los aumentos de capital, por lo que la anulación de la suscripción de acciones por vicio del consentimiento sería contradictoria con dicha doctrina, plasmadas legislativamente en el artículo 56 LSC, y sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto y no cabría la acción de nulidad por vicios de consentimiento. No obstante, la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, C-174/12 confirmó la preeminencia de las normas del mercado de valores sobre las normas de Directiva de Sociedades o más propiamente que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas 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. Es decir, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto que la sociedad no puede contraer deudas de resarcimiento, lo que abre la puerta, aunque la previsión legal parece 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 (artículos 1300 y 130 del CC) 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 una acción de resarcimiento como la contemplada en esa sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)". No otro es el criterio seguido por la generalidad de las Secciones de esta Audiencia Provincial (Sección 14 en sentencia de 26/2/2020, Sección 9ª en sentencia de 5/3/2020 y Sección 25 en sentencia de 16/6/2020, además de otras múltiples de esta Sección, sin ánimo de exhaustividad. En suma, el reparo ha de fenecer.

El mismo destino claudicante ha de alcanzar a los demás reproches enfrentados a la sentencia recurrida, en cuanto que no se ha aquilatado de forma inadecuada la actividad demostrativa reunida en el procedimiento originador, ni se han conculcado los preceptos invocados como infringidos. En efecto, la temática que se somete a nuestra decisión por mor del recurso de apelación interpuesto ha sido examinada por este Tribunal en una ya dilatada línea de sentencias, donde hemos destacado la falta de contestación al interrogante del descenso vertiginoso del valor de las acciones del Banco Popular en un exigüo lapsus temporal, dado que resulta harto difícil de entender la situación declarada en junio de 2017 si no aceptamos que la situación financiera nacional, no meramente contable del Banco Popular en el momento en que se acordó esa ampliación de capital y en los años anteriores no era tan saneada ni positiva como se presentaba y, consiguientemente, se dio una imagen sesgada de las cuentas anteriores a la ampliación de capital con manipulación de ratios de rentabilidad y referencias al negocio principal o bancario, con exclusión del sector inmobiliario, no explicándose de otro modo cómo en cuestión de meses se pasó de una situación de solvencia y beneficios a pérdidas que al año alcanzaban los 12.218.407 euros. En suma, hay que tomar como punto de partida de nuestro razonar la premisa antedicha de la inviabilidad de explicación lógica de cómo una entidad bancaria que se publicita como solvente queda reducida a la nada de la noche a la mañana, siendo evidente que la inviabilidad financiera que determinó la resolución del Banco Popular el 7/6/2017 deviene de serios problemas económicos que indubitadamente se arrastraban desde hacía tiempo y que ya existían cuando se realizó no sólo la ampliación de capital en mayo de 2016, sino también la correspondiente al año 2012 anualidad a partir de la cual las cuentas del Banco Popular estuvieron altamente afectadas por su exposición inmobiliaria y crediticia. Las contantes ampliaciones de capital en el interregno 2012-2016 son, por lo demás, manifestaciones palmarias de las necesidades financieras de la entidad para cubrir el deterioro de valor de sus activos inmobiliarios y crediticios. Las pruebas de estrés realizadas por organismos supervisores, así como las auditorías efectuadas no detectaron la errónea valoración de activos por simple ocultación. Claro que se produjo una retirada masiva de fondos de los clientes días previos a la resolución del Banco Popular, pero no debe omitirse que lo que retiraron los depositantes fue su dinero, pero la solvencia de la entidad bancaria, por más o menos retirada de liquidez, es exactamente la misma, poniendo de manifiesto la resolución que la solvencia del Banco Popular no era la que decía.

No se han aquilatado de forma incorrecta los dictámenes periciales aportados por las partes, como tampoco los demás elementos demostrativos reunidos en el procedimiento originador, ni se han aplicado inidóneamente las reglas distintivas de la carga de la prueba. Por de pronto, téngase en cuenta que no se atacan frontalmente los hechos notorios plasmados en la resolución debatida, como tampoco puede orillarse que la iudex a quo operó con el procedimiento presuntivo o de signo indirecto, tomando en consideración determinados hechos, base colegible de los documentos que se adjuntaron a la demanda, sin que combatan directamente las inferencias obtenidas en la sentencia recurrida más que a través del informe pericial de la parte demandante. Claro que los peritos de la parte actora no efectuaron una auditoría de las cuentas del Banco Popular, pero, como declaramos en la sentencia de 9/7/2020, rollo de apelación 356/2020, cual ha precisado el perito de la parte demandada que ratificó el informe del que es coautor, D. Cristobal "tampoco desarrollaron un trabajo de auditoría, como explicamos en los antecedentes de nuestro informe y en el objeto, aunque, para desarrollar el encargo sí hemos tenido acceso a los sistemas de información contable del Banco Popular y hemos dispuesto de aquella información que hemos considerado adecuada". En todo caso, la conclusión a que se llegó por los peritos de la entidad demandada, ratificada en el acto del juicio, en términos de que la resolución del Banco Popular se produjo por una salida masiva de depósitos ya ha sido analizada por este Tribunal en múltiples resoluciones, pero que aparece desnaturalizada por otras probanzas, lo que empece que se le conceda la preeminencia que se procede al informe preindicado.

Como también señalamos en la sentencia dictada el día 6/3/2020, rollo de apelación 1021/2019", aunque, en principio, la carga de la prueba sobre la falta de la veracidad de la falta de veracidad de la información del folleto o la omisión de datos relevantes en el mismo incumbe a la parte actora, no debe orillarse que estamos en presencia de un litigio promovido por un pequeño inversor frente a un Banco, por lo que no puede exigirse al mismo que aporte una prueba plena sobre la falsedad de la información proporcionada, máxime cuando no le es accesible parte de la documentación bancaria en que pudiese fundamentarse la innecesidad del folleto, con lo que el principio rector del onus probandi antedicho ha de atemperarse conforme al principio de disponibilidad probatoria consagrado en el artículo 271-6 de la LEC, ítem más cuando, cual queda dicho, es colegible esa falta de veracidad puesta en tela de juicio por la parte apelante del grave deterioro económico del Banco Popular, el que no se produce en situación de meses, sino que, por el contrario, deriva de una situación prolongada en el tiempo que dicha entidad bancaria inexorablemente tenía que conocer. Carece también de todo relieve que el folleto informativo esté o no sometido a la supervisión de la CNMV, pues que ese informe no garantiza que la información facilitada sea veraz y completa, especialmente cuando dicho organismo sólo controla el cumplimiento de los requisitos formales, siendo el emisor quien debe responder del contenido del folleto, dado que es quien facilita la información que el mismo contiene. En suma, la información distorsionada proporcionada en el folleto informativo apareja que, a diferencia de lo que sustenta en el recurso, no haya quedado acreditado que en el momento de la contratación la parte actora tuviese un conocimiento suficiente de la

situación económica y financiera y de la repercusión que ello tenía en las acciones adquiridas, con lo que forzosamente hubo de representarse su voluntad incorrectamente, afectando irrefutablemente ese conocimiento equivocado de los riesgos a la causa del contrato. No se ha proporcionado la información requerida legalmente sobre aquellos aspectos descollantes que justificaban la inversión, como son la solvencia del emisor y la perspectiva de obtención de beneficios mediante el reparto de dividendos, siendo así que, como tiene declarado la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 3/2/2016, el folleto que exige la normativa sobre mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones tiene por finalidad informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan por tener la sociedad una señalada 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 cuenten con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, quienes pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria. En el resumen del folleto el banco demandado se presenta a sí mismo como una entidad solvente y saneada financieramente, que ha tenido beneficios en los periodos ejercicios, y que con la ampliación de capital pretende mejorar la solvencia del banco y su balance contable, reduciendo los activos improductivos (inmuebles básicamente) cuyo valor se había depreciado considerablemente como consecuencia del "pinchazo de la burbuja inmobiliaria" y dando mayor cobertura a los créditos morosos que habían amentado como consecuencia de la crisis económica pasados, destacándose en el folleto que la perspectiva futura exige que se normalizase el requisito de dividendo en el 2017. Además, nada se decía en el folleto sobre riesgo su viabilidad económica, ni en absoluto que existiese un riesgo más o menos probable de resolución por la autoridad competente y consiguiente reducción a valor cero de todo el capital social, como así sucedió, insistimos, un año después de realizarse la ampliación de capital."

Ciertamente en el folleto se aludía a riesgos de la inversión, empero, se trata de una alusión genérica e imprecisa de tales riesgos, sin ninguna concreción o detalle ni referencia conforme al riesgo mayor que se materializó en la resolución de la entidad demandada, además de que esos riesgos ni siquiera estaban debidamente destacados, con lo que es llano que la información sobre los riesgos de la emisión no reúne los requisitos de la información previstos legalmente, encaminada a que los inversores pueden hacerse una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor, y eventualmente del gerente, y de los derechos inherentes a tales valores, además de tener que presentarse esa información de forma fácilmente comprensible, lo que tampoco se llena en el supuesto enjuiciado". El TJUE tiene declarado reiteradamente que constituye un principio fundamental el hecho de que las cuentas anuales deban ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (sentencias de 26/9/2013, Texdata Software, C-418/11 y 26/6/1996, Tamberger, C-234/94, rectificada por auto de 10 de julio de 1997) y las citadas en la primera, respondiendo el artículo 50 apartado 2, letra g del TFUE, que sirvió de base para la adopción de las Directivas sobre el Derecho de Sociedades,

como del considerando cuarto de la Undécima Directiva, que la publicidad de las sociedades tiene por objetivo proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros. En definitiva, no reflejando el folleto informativo la imagen fiel de la entidad bancaria demandada, ni los riesgos que suponía la emisión de acciones para la ampliación de capital, no siendo la parte actora persona experta en inversiones ni consciente de tales riesgos asumidos y la posibilidad de perder por completo la inversión.

En definitiva, no reflejando el folleto informativo la imagen fiel de la entidad bancaria demandada, ni los riesgos que suponía la emisión de acciones para la ampliación de capital, no siendo la parte actora persona experta en inversiones ni consciente de tales riesgos asumidos y la posibilidad de perder por completo la inversión, ha de concluirse como que el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, por lo que siendo dicho error esencial y excusable han de producirse como consecuencia jurídica las prevenidas en el artículo 1303 del CC. No puede cuestionarse la existencia de nexo causal entre la decisión de la parte actora de adquirir las acciones en liza y la información contenida en los folletos informativos de las ampliaciones de capital, ya que es patente que la parte actora se formó una idea equivocada sobre la situación financiera de la entidad bancaria, de su capacidad de obtención de beneficios y de la rentabilidad de la adquisición por la información favorable creada por el folleto, siendo lógico que, caso de haber conocido la situación financiera real, no habría realizado la inversión, puesto que todo inversor persigue conseguir la rentabilidad económica máxima mediante el reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones; razonamientos que conducen al perecimiento del recurso, sin necesidad de dar contestación a todos los alegatos que lo sustentan, al ser su tratamiento claudicante meramente tributario de cuanto se ha dejado razonado.

Por lo demás, la inaplicación de la Ley 11/2015 ya ha sido reiterada por este Tribunal en sentencias de 30/9/2020, rollo de apelación 466/2020, de 17/10/2020, rollo de apelación 336/2020, y 29/10/2020, rollo de apelación 646/2020, decantándose en el mismo sentido la junta de Unificación de Criterios de las Secciones Civiles y Mercantiles de Madrid celebrada el día 8/10/2020; razonamientos que comportan el rehusé del recurso.

SEGUNDO

Consecuencia del inacogimiento del recurso es que, a tenor del artículo 398 de la LEC, se impongan a la parte apelante las costas procesales originadas en este grado jurisdiccional, al no plantear la materia litigiosa seria duda fáctica o jurídica.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Alvaro Villasante Almeida, en representación del Banco Santander SA, frente a la sentencia dictada el día 30 de junio de 2020 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Móstoles en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la sentencia indicada, imponiendo a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODOS DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2577-0000-00-0756-20, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 756/2020, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

SAP Orense 79/2021, 22 de Febrero de 2021

Ponente: MARIA DEL PILAR DOMINGUEZ COMESAÑA

Número de Recurso: 889/2019

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 79/2021

Fecha de Resolución: 22 de Febrero de 2021

Emisor: Audiencia Provincial - Orense, Sección 1ª

Id. vLex VLEX-864956692

Link: <https://app.vlex.com/#vid/864956692>

Original

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

Texto

Contenidos

- I - ANTECEDENTES DE HECHO
 - Primero
- II - FUNDAMENTOS DE DERECHO
 - Primero
- FALLO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

Teléfono: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

Correo electrónico: seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

N.I.G. 32032 41 1 2018 0000322

RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000889 /2019

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de XINZO DE LIMIA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000283 /2018

Recurrente: BANCO SANTANDER SA (ANTES BANCO POPULAR ESPAÑOL SA)

Procurador: JUAN ALFONSO GARCIA LOPEZ

Abogado: AMAYA URGOITI ROLDAN

Recurrido: Juan Pablo, Ángel Jesús , Abelardo

Procurador: MARIA GONZALEZ NESPEREIRA,

Abogado: ROCIO BELENDA LOSADA,

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Josefa Otero Seivane, Presidente, Dña. María José González Movilla y Dña. María Pilar Domínguez Comesaña, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA: 00079/2021

En la ciudad de Ourense a veintidós de febrero de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de procedimiento ordinario número 283/2018 procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Xinzo de Limia, Rollo de Apelación núm. 889/2019, entre partes, como apelante, la entidad mercantil Banco Santander SA (antes Banco Popular Español SA), representada por el procurador don Juan Alfonso García López, bajo la dirección letrada de Doña Amaya Urgoiti Roldan, y, como apelados, don Juan Pablo, don Ángel Jesús, don Abelardo, representados por la procuradora doña María González Nespereira y asistidos por la letrada doña Rocío Belenda Losada.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María del Pilar Domínguez Comesaña.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Xinzo de Limia, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 25 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se estima la demanda presentada por la procuradora doña María González Nespereira, en nombre y representación de los Sres. Juan Pablo, Ángel Jesús y Abelardo, contra la entidad Banco Popular Español y, en consecuencia, se declara la nulidad de los contratos de adquisición de acciones celebrados entre las partes debiendo la parte demandada restituir a los actores la suma de 11.442 euros. La entidad bancaria deberá abonar además a la parte actora

los intereses legales de la cantidad total invertida, al tipo de interés legal del dinero desde la fecha de suscripción hasta la fecha de la Sentencia, momento a partir del cual se devengará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A esa cantidad resultante habrá de restarse o deducirse los intereses o cualquier otra cantidad de dinero percibida por la parte actora en concepto de remuneración por haber sido titular de dichas acciones cuya adquisición ha sido declarada nula incrementados con el interés legal del dinero desde cada una de las fechas en que percibió o le fueron abonadas las referidas cantidades de dinero. Las costas se imponen a Banco Popular Español."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil Banco Santander SA (antes Banco Popular Español SA) recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de Juan Pablo, Ángel Jesús y Abelardo. Seguido el recurso por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Por la representación procesal de don Juan Pablo, don Ángel Jesús y don Abelardo, se presentó demanda contra la entidad Banco Popular Español S.A. - hoy Banco Santander S.A.- ejercitando acción de nulidad del contrato de 26 de noviembre de 2012 de compra de acciones del Banco Popular en la ampliación de capital de diciembre de 2012. En la demanda se alega que el consentimiento prestado por los actores se hallaba viciado por error al haber proporcionada la demandada una información precaria, inexacta y oscura. Se alega en la demanda que la información que el banco proporcionó con ocasión de la ampliación de capital de diciembre del año 2012 no reflejaba la imagen fiel del banco y que de haber conocido los actores dicha situación no habrían adquirido las acciones.

La entidad demandada se opuso a la demanda. Invocó la caducidad de la acción de anulabilidad por transcurso del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 del CC; que la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento no resulta idónea como remedio para anular un contrato de suscripción de acciones ya que ello equivaldría a anular la operación misma de aumento de capital en su conjunto; que la normativa general del Código Civil, solo es aplicable de forma supletoria a la contratación mercantil; que en cualquier caso, no concurren los requisitos exigibles

para el éxito de la acción al no ser la acción un producto complejo; que la información suministrada en el folleto de la ampliación de capital del año 2012 era correcta, negando la existencia de inexactitudes en sus cuentas y que tras la ampliación de capital el Banco Popular actuó con transparencia, comunicando a sus accionistas y al resto del mercado, la información que se iba sucediendo sobre su situación financiera. Finalmente alega que el proceso de resolución del Banco Popular se acordó y ejecutó al amparo de los instrumentos normativos correspondientes que tienen como objeto principal evitar que cualquier situación de dificultad de una entidad financiera tenga impacto en los recursos de los contribuyentes, imponiendo que sean los accionistas y los acreedores de las entidades los que soporten las pérdidas, por todo ello solicitó la desestimación de la demanda con imposición de costas al actor.

La sentencia dictada en primera instancia, rechazó la excepción de caducidad y estimó la acción de nulidad al concluir que el error prestado por los actores estaba viciado por error al no haber proporcionado la entidad demandada información veraz sobre el estado contable del Banco Popular, considerando dicho error esencial y excusable.

Frente a dicha resolución se interpone por la entidad bancaria el presente recurso de apelación denuncia infracción del artículo 1301, por no aplicación del mismo, y error en la valoración de la prueba, discrepando de la valoración probatoria realizada por la juzgadora de instancia que estima acreditada la existencia de irregularidades contables en la información financiera acompañada al folleto de la oferta pública de suscripción de acciones en la ampliación de capital del año 2012.

La parte actora se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Segundo.- Naturaleza de la acción ejercitada.

Con carácter previo y en relación a las alegaciones efectuadas por la apelada en su escrito de oposición sobre la naturaleza de la acción ejercitada, ha de indicarse que el error sobre el estado de solvencia de la entidad que los actores sufrieron como consecuencia de una información inexacta publicitada por la entidad emisora no conlleva la nulidad radical del contrato, ni por incumplimiento de normas imperativas (art. 6.3 y 1255 del Código Civil) ni por ausencia de consentimiento (art. 1261 del CC). Las normas cuyo incumplimiento se denuncia son las contenidas en la Ley del Mercado de Valores en relación a la obligación que impone a las entidades de inversión de prestar información con los estándares de calidad y transparencia allí indicados.

El incumplimiento de los deberes impuestos por la Ley del Mercado de Valores a las entidades de inversión no da lugar a la nulidad del contrato.

Así lo estableció el Tribunal Supremo en su Sentencia 716/2014, de 15 diciembre y en la sentencia de 30 de junio de 2015.

En la primera de ellas el T.S. rememora la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en cuyo apartado 57 dice: «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer

consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias» y que, en consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso LittlewoodsRetail (C-591/10), apartado 27]».

En la sentencia de 30 de junio de 2015 manifiesta el T.S.: "de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (artículo 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (artículos 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores). Con lo anterior no se negaba que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que se expuso en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato. Aunque el incumplimiento de estas obligaciones no constituye en sí mismo una causa de nulidad del instrumento financiero que se contrata, al no sancionarlo así la norma, ello no deja de adquirir relevancia en la formación del consentimiento que emite el cliente minorista y así se ha venido señalando que si bien es cierto que el incumplimiento de esta normativa administrativa no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado. En el presente caso, la ausencia de información en la que haya podido incurrir la entidad bancaria en la fase pre-contractual y contractual podría dar lugar a apreciar una ocultación engañosa del banco o que el cliente se representase una realidad distinta a la que resulta del contrato que firmó (dolo y/o error) pero no da lugar a apreciar la nulidad absoluta o radical (...)" .

Tampoco concurre nulidad radical por falta de consentimiento. La nulidad radical supondría la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del CC, entre ellos el consentimiento. En el caso enjuiciado el consentimiento a la compra de las acciones existió. La inexacta representación que la parte actora pudo hacerse sobre la fortaleza de la entidad y su situación económica, no da lugar a la nulidad radical, sino que, en su caso, vicia el consentimiento y permite anular el contrato de conformidad con lo establecido en los artículos 1265 y 1266 del CC. El art.1266 del CC sólo se aplica al contrato que reúne todos los elementos (consentimiento, objeto y causa), es decir, a aquél en que ha habido error en la voluntad (error vicio) y no en la declaración (error obstativo), como claramente se infiere del tenor literal del artículo 1.300 del CC.

La Juzgadora a quo califica correctamente la acción ejercitada en la demanda ya que como fundamento de la nulidad se invoca un error vicio del consentimiento como claramente se deduce de su fundamentación fáctica y jurídica.

Tercero.- Caducidad de la acción. Infracción del artículo 1301 del CC .

Alega la apelante que la acción está caducada ya que el día inicial para el cómputo del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 del CC es el día 5 de diciembre de 2012, fecha de la suscripción de la orden de ampliación de capital.

La doctrina del T.S., Sala de lo Civil, sobre la materia se sintetiza en la STS Nº 442/2020, de 20 de julio, de la siguiente manera: "En la interpretación del art. 1301 CC, la jurisprudencia ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr "desde la consumación del contrato", y no antes (sentencias 89/2018, de 19 de febrero, y 264/2018, de 9 de mayo). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De hecho este tribunal, de forma un tanto casuística, ha ido distinguiendo entre distintos productos financieros para advertir, en función de sus características, cuándo podía considerarse consumado el contrato de adquisición. Así como en el caso de la adquisición de participaciones preferentes o de obligaciones subordinadas, el negocio se consume con la propia adquisición de estos productos, no ocurre lo mismo con las permutas financieras, en que no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato (sentencia 89/2018, de 19 de febrero); o con los bonos estructurados (sentencia 409/2019, de 9 de julio), en los que, durante un determinado periodo de tiempo, los rendimientos y las pérdidas se van produciendo periódicamente en función del comportamiento que hubieran tenido los valores a los que está ligado. En el caso de los bonos necesariamente convertibles en acciones, hemos entendido que "su consumación coincide con la fecha de conversión obligatoria, que es el momento en que se materializa el riesgo y la inversión cumple

su finalidad económica" (sentencia 357/2020, de 24 de junio). Por lo que respecta al presente caso, los bonos adquiridos no son estructurados, sino valores de renta fija simple, y por sus características (tiene una duración de tiempo determinada, en este caso cinco años, al término del cual se recupera la inversión, y durante su vigencia genera un interés anual predeterminado) se puede entender consumado el contrato en el momento de su adquisición. Sin perjuicio de que si el error denunciado versa sobre el riesgo de pérdida de la inversión como consecuencia de la insolvencia del emisor, el cómputo del plazo comience cuando se advierte la existencia de ese riesgo, (...)".

Conforme a la doctrina expuesta, el plazo de caducidad no puede iniciarse antes de la consumación del contrato; pero ello no significa que haya de considerarse en todo caso como fecha de inicio del plazo de caducidad la fecha de la consumación, si el contrato ya se ha consumado, dicho plazo no puede comenzar antes de que el cliente haya podido conocer la existencia del error que vicia su consentimiento.

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso no puede estimarse la caducidad de la acción, compartiendo la Sala el criterio de la Juzgadora a quo. El dies a quo para el cómputo del plazo de cuatro años del art. 1301 del Código Civil, no puede situarse en la fecha de adquisición de las acciones, debiendo situarse el mismo en junio del año 2017 que fue cuando la prensa se hizo eco de los problemas de solvencia del Banco, siendo entonces cuando el inversor minorista pudo advertir el error padecido.

Cuarto.-Error en la valoración de la prueba.

Sostiene la apelante que las conclusiones alcanzadas por la Juzgadora de instancia son infundadas, por cuanto no existe en el procedimiento ninguna prueba pericial que permita concluir que los datos contables recogidos en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones del año 2012 no reflejan la imagen fiel del Banco Popular. Alega que la juzgadora no tiene en cuenta el informe pericial aportado con la contestación que acredita que las cuentas anuales y los estados financieros intermedios de los ejercicios 2012 a 2016 fueron auditados por una importante firma de auditoría, como lo es PricewaterhouseCoopers (en adelante, 'PwC'), sin que de sus informes se desprenda la más mínima irregularidad contable y reitera que la resolución del Banco Popular fue consecuencia de un problema de solvencia y no de liquidez ocasionado por la fuga de depósitos producida durante el segundo trimestre de 2017, a pesar de que todas las autoridades europeas se pronunciaron en este sentido.

El motivo se desestima.

Como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia 433/2020 de Octubre, Sentencia 382/2020 de 17 de septiembre, Sentencia 565/2019, de 22 de octubre y Sentencia núm. 234/2020, de 25 de mayo, entre otras, en supuestos en los que, como el presente, se genera una enorme litigiosidad, determinados hechos que resultan comunes a todos los procesos judiciales, no pueden enjuiciarse de forma aislada sin tener en consideración lo ya resuelto por otros tribunales que establecen de forma mayoritaria una determinada fijación de hechos en relación con la situación económica y financiera de la entidad Banco Popular S.A. y la información que se refleja

en el folleto de las ofertas públicas de suscripción de la ampliación de capital llevada a cabo tanto en el año 2012 como en el año 2016.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9). Igualmente ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). Asimismo, el mismo Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4).

Además de los informes periciales, existen hechos notorios no necesitados de prueba (artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que además de permitir acudir a las presunciones judiciales como medio de prueba (artículo 386.1 de la Ley de enjuiciamiento Civil), trasladan la carga de la prueba a la parte apelante que debería acreditar la buena situación financiera que pretende desprenderse del folleto de la oferta pública de ampliación de capital, más allá de las supervisiones contables formales.

Esta Audiencia Provincial ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la información económica y contable publicitada por el Banco Popular Español con ocasión del Folleto emitido con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones de la ampliación de capital del año 2012, así como de las cuentas anuales y los estados financieros intermedios de los ejercicios 2012 a 2016 en la sentencia número 66/21, de fecha 17 de febrero de 2021, dictada en el Rollo de apelación 550/2020.

En dicha sentencia asumíamos como notorios los siguientes hechos:

-1º La Resolución del ICAC y posterior la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional -que la confirma-, consideran acreditado, con ocasión de revisar el cumplimiento por la sociedad de auditoría de las NTA, que los fondos de comercio fueron incorrectamente valorados y contabilizados en las cuentas anuales de 2012, con un impacto en el balance del 3.4% de su activo.

-2º La AEAT abrió al Banco Popular un expediente al constatar una práctica, que se remontaba, al menos al año 2014, dirigida a refinanciar sociedades españolas a las que había concedido préstamos por cantidades

relevantes (196.000.000 € según la AEAT) y que tenían pérdidas tan elevadas que les abocaban a la disolución, con el consiguiente impacto en las cuentas del Banco que, para evitar dicha situación, contrató a la entidad THENSAN CAPITAL S.L. para que constituyese sociedades offshore en Luxemburgo y a las que - siempre según la AEAT- concedía préstamos con el fin de que, a su vez, dichas entidades financiaran mediante préstamos a las sociedades españolas, que de este modo recibían liquidez sin que figurara como prestamista el Banco Popular, eludiendo la causa de disolución y que aquél tuviera que plasmar en sus cuentas dicha situación.

-3º En la comunicación del Hecho Relevante de 03/04/2017, aunque el Consejo de Administración trata de minimizar el impacto de los ajustes que se comunican, además de una actuación expresamente prohibida en el art. 150 LSC, se admite la existencia de dos irregularidades, insuficiencia de provisiones de créditos morosos y sobrevaloración de las garantías inmobiliarias en el balance, que provienen de ejercicios anteriores a 2015 y que, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, inciden de modo en el patrimonio neto.

-4º En el informe de Deloitte, a instancia de la JUR, se reiteran las dos irregularidades contables descritas, préstamos y cuentas a cobrar y valoración de los activos inmobiliarios, apuntando la necesidad de ajustes

de valoración de 3.542.000.000 € en el primer caso y una sobrevaloración de activos, por incumplimiento de la normativa legal, de 3.100.000.000 €, estimando que el Banco Popular tenía un valor negativo de entre -2.000.000.000 € y -8.000.000.000 €.

-5º En el informe de la CNMV de 23/05/2018, tras resaltar la gravedad del reajuste derivado del Hecho Relevante de 03/04/2017, en tanto que supuso la minoración del resultado del ejercicio del Grupo en 126 millones de euros y de su patrimonio neto en 387 millones de euros, se ratifica que las causas por las que las cuentas anuales no reflejaban la imagen fiel son, principalmente, las cuentas de morosos y la sobrevaloración de activos inmobiliarios, aclarando que aquellos ajustes eran manifiestamente insuficientes y que las irregularidades se remontaban a ejercicios anteriores.

-6º Del informe emitido por los peritos del Banco de España en el procedimiento penal se desprende, primero, que la situación de la entidad a diciembre de 2011 era mala, con ratios de mora crecientes (inversiones dudosas de 6.918M€ y una ratio de mora del 7,7% frente a la media del 4,8%), reclasificaciones significativas pendientes de realizar -lo que suponía pérdidas por deterioro significativas al cifrarse las provisiones adicionales pendientes de ser reconocidas por 2.756 M€- y una posición de liquidez estructural apalancada con una dependencia elevada de los mercados mayoristas no adecuada a su tipo de negocio; segundo, en el ejercicio 2012, el Banco popular tenía unas necesidades de capitalización de 3.223 M€, constatándose tanto por la sociedad auditora como, sobre todo, por el Banco de España, importantes desfases.

Así sobre las necesidades de reclasificación (1.693 M€ Deloitte y 6.614 M€ la inspección), como de mayor déficit de provisiones identificado en la revisión individualizada (355 M€ y 1,925 M€) y en el cálculo automático (45 M€ y 395 M€); tercero, en el año 2013, la actuación del Banco de España implicó un incremento general de los saldos clasificados como dudosos y que la entidad contabilizara la parte de las reclasificaciones detectadas por una inspección del Banco de España del año 2012 no registradas en este año; cuarto, si bien a partir de 2013, los dudosos comienzan a disminuir, en 2016 se incrementan, variación que se atribuye al cambio de la política contable interna del Banco Popular para la clasificación de operaciones y que se apartaba de los criterios sobre refinanciaciones del Banco de España, al extremo de que en 2014 el auditor calificó como dudosos 649 M€ cuando en acreditados en la misma cartera analizada, la inspección del Banco de España tenía indicios de incorrecta clasificación que llevarían a clasificar en dudoso 1.475 M€; quinto, estas irregularidades se prolongan, a pesar de los requerimientos de la Autoridad supervisora para que revisar los criterios, a lo largo de 2015 y hasta el último trimestre de 2016, en que realizó una reclasificación a dudoso significativa, de forma que las cuentas de 2015, sobre las que se basó la ampliación de capital de 2016, se elaboraron con base en aquellos criterios; y, sexto, asimismo, en el marco de esta nueva política y contrariamente a lo que establecía la Circular del Banco de España, se liberaron provisiones de activos adjudicados, que incrementaron ficticiamente su valor.

A la luz de estos datos y examinando a su vez el informe pericial que en aquel procedimiento se había aportado, la Sala consideró que, desde al menos el ejercicio 2011, las cuentas anuales del Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, ofreciendo una situación económica que no se correspondía con la realidad, fundamentalmente porque, al margen de otras irregularidades o disfunciones, se maquillaban o reducían las partidas de préstamos y créditos a cobrar, es decir, los dudosos, y se sobrevaloraban los activos inmobiliarios, todo ello en unas cuantías que tenían notable repercusión en las cuentas anuales y que, por tal motivo, podían influir en las decisiones económicas tomadas por los usuarios con base en los estrados financieros. Estas conclusiones se contienen también en el informe pericial aportado por la parte actora, en el que se concluye que las cuentas anuales del Banco Popular no se ajustaban a la realidad económica al no dotar debidamente los dudosos desde el ejercicio 2010 y valorar muy por encima del valor real de mercado determinados activos inmobiliarios, aparentando una solvencia de la que carecía.

En dicha sentencia y refiriéndonos al folleto de la oferta pública del año 2012, decíamos que:

" (...) el mismo contenía manifestaciones engañosas para los accionistas del Banco Pastor, por ofrecer como contraprestación acciones del Banco Popular que no podían valer lo que se afirmaba que valían, toda vez que en los años anteriores el resultado contable debería haber sido mucho menor, de haber contabilizado correctamente las dotaciones de morosos. El folleto contenía omisiones de información relevante pues, en forma alguna, el accionista del Banco Pastor podía atisbar el verdadero riesgo del Banco Popular: el aumento exponencial de los créditos de morosos y cuentas a cobrar, y de los activos tóxicos, aumento que se iba a producir por la adquisición del Banco

Pastor. Independientemente de la situación del Banco Pastor, que no se analiza, era evidente que el Banco Popular no tenía capacidad para adquirirlo y, al hacerlo, se multiplicaron sus riesgos. Considera muy dudoso que entre los años 2007 y 2017 el Banco Popular tuviese un volumen de negocio suficiente para generar los ingresos necesarios para absorber las coberturas de sus créditos dudosos y sanear sus activos improductivos, lo que demuestra su debilidad estructural. Esta situación se trató de compensar con nuevas entradas de capital en efectivo a través de tres ampliaciones de capital: dos abiertas a todos sus accionistas en 2012 y 2016 y la tercera destinada a un pequeño grupo de inversores mexicanos (...) El folleto, por tanto, transmite una imagen falsa del problema financiero que venía padeciendo el Banco Popular desde hacía años, ya que si bien informada de posibles pérdidas en 2012, transmitía que éstas no eran estructurales, sino coyunturales, pasajeras. En dicho folleto, el Banco Popular informa a los posibles accionistas que tiene capacidad financiera suficiente para afrontar el "bache financiero" al que se enfrenta en 2012 (...) Ya desde hacía años venía acusando dos gravísimos problemas: uno, de escasez de dotaciones de los créditos de morosos o cuentas a cobrar; y dos, de acumulación de activos tóxicos. Ambos problemas ya existían desde 2008 y se agravaron fuertemente en el año 2012. (...) existe información errónea en el folleto de 2012, en la medida que realiza afirmaciones partiendo de ejercicios anteriores que deberían haber declarado pérdidas y no lo hicieron. En todo caso, existe una clara omisión en la información suministrada pues el futuro accionista no podría adivinar de ninguna manera el verdadero impacto de los problemas de la escasez de dotaciones y activos tóxicos, al no explicarse su verdadera relevancia. Tales manifestaciones en ningún caso hacen sospechar que la realidad del Banco fuera mucho peor de lo que se estaba reflejando en los balances, pero la realidad con los años se ha visto que era otra."

También decíamos en dicha sentencia que la intervención de auditores externos, así como la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, aprobando el folleto de emisión de acciones no supone una santificación de la información facilitada. Sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 en el caso Bankia, señala: "El folleto informativo fue supervisado, aprobado y registrado por la CNMV, aunque tal supervisión no garantiza que la información sea veraz y completa, solo controla el cumplimiento de los requisitos formales, siendo el emisor el que responde del contenido del folleto".

El proceso de emisión y suscripción pública de nuevas acciones está reglado legalmente y supervisado por un organismo público, que es la CNMV, pero ello en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el folleto sean veraces y correctos.

Dicho organismo supervisa que se aporte la documentación e información exigida para la oferta pública, pero no controla la veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, según determina el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Partiendo de ello, no es admisible que divulgándose un folleto informativo, unos datos esenciales sobre la situación financiera y los riesgos de la emisora, se imponga al inversor la labor de investigación o comprobación de tales datos como premisa para

posteriormente decidir sobre su inversión. El folleto presentado y aprobado por la CNMV debe ser veraz, objetivo y fidedigno. Los datos económicos constituyen elementos esenciales del negocio jurídico, hasta el punto de que la propia normativa legal exige de forma primordial esta información, porque con tales datos evalúa y considera el inversor su decisión de suscripción. En este sentido, la parte demandada no ha ofrecido prueba alguna de que a través del folleto, los demandantes recibieran toda la información necesaria y veraz acerca de la verdadera situación por la que atravesaba Banco Popular, permaneciendo el inversor ajeno al conocimiento de los problemas financieros de la entidad. Al contrario, se anunció y se explicitó públicamente al inversor una situación de solvencia económica con beneficios y con perspectivas que no eran reales.

La entidad bancaria no acreditó pericialmente que la información económica de la nota del folleto respondía, de manera realista, a su activo y pasivo y a los riesgos e incertidumbres que pudieran afectar a su valor. El informe pericial aportado con la contestación a la demanda no se pronuncia expresamente sobre tal extremo siendo su única finalidad la adecuación de la información contable al marco normativo de la información financiera.

De todo ello puede concluirse que la situación financiera reflejada en el folleto no se correspondía con la situación económica financiera real, no disponiendo los actores de elementos para advertir cuál era la situación cierta, y tomar la decisión sobre la inversión con pleno conocimiento o del riesgo asumido.

Por todo lo expuesto, el motivo del recurso que se examina debe ser desestimado, confirmándose la sentencia apelada en su integridad.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preceptiva la imposición de las costas del recurso a la apelante.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander SA contra la sentencia dictada el 25 de julio 2019 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Xinzo de Limia en autos de Juicio Ordinario n.º 283/2018, Rollo de Sala 889/2019, que consecuentemente se confirma en su integridad; imponiendo a la apelante las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, en su caso , recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

[1]

SAP Pontevedra 1/2021, 11 de Enero de 2021

Ponente: FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO

Número de Recurso: 602/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 1/2021

Fecha de Resolución: 11 de Enero de 2021

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 1ª

Id. vLex VLEX-863226441

Link: <https://app.vlex.com/#vid/863226441>

Original

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE CONTRATOS

Texto

Contenidos

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

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00001/2021

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 Fax: 986803962

Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: AA

N.I.G. 36006 41 1 2019 0002298

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000602 /2020

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de CAMBADOS

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000503 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER SA

Procurador: DOLORES ABELLA OTERO

Abogado: ALVARO ALARCON DAVALOS

Recurrido: Florian

Procurador: OLGA MARIA VEIGA SILVA

Abogado: JUAN GAISSE FARIÑA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM. 1/21

En PONTEVEDRA, a once de enero de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000503/2019, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 de CAMBADOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000602 /2020, en los que aparece como parte apelante , BANCO SANTANDER S.A., representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. DOLORES ABELLA OTERO, asistido por el Abogado D. ALVARO ALARCON DAVALOS, y como parte apelada , Florian , representado por la Procuradora de los tribunales, Dña. OLGA MARIA VEIGA SILVA, asistido por el Abogado D. JUAN GAISSE FARIÑA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARIDO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cambados, con fecha 06/07/2020, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se estima la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Doña Olga María Veiga Silva, en nombre y representación de Don Florian contra la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., y en consecuencia:

1.- se declara la nulidad de la permuta de acciones de BANCO PASTOR por acciones de BANCO POPULAR de fecha once de febrero de dos mil doce.

2.- se declara la nulidad de la entrega de acciones de BANCO POPULAR de fecha veintiséis de junio de dos mil doce.

3.- se declara la nulidad de la suscripción de acciones de BANCO POPULAR de fecha seis de diciembre de dos mil doce.

4.- se condena a la entidad financiera demandada a que abone al actor la cantidad de setenta mil ochocientos quince euros con cincuenta y siete céntimos de euro (70.815,57 euros), minorada, en su caso, con las cantidades que hubiera recibido de la demandada en razón de las citadas acciones; cantidad que devengará los intereses legales (artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), desde las fechas de adquisición de las acciones.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO

Notificada dicha resolución a las partes, por el Banco Santander S.A. se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente proceso de juicio ordinario se ha venido a promover por Don Florian contra la entidad "Banco Santander S.A." (como sucesora de "Banco Popular Español S.A."), en ejercicio de una acción de anulabilidad por concurrencia

de vicio de error/dolo en la prestación del consentimiento en la adquisición en diferentes momentos de acciones del "Banco Popular Español S.A.", con base en la información errónea suministrada por el Banco sobre su verdadera situación financiera y solvencia, y, subsidiariamente, de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios con fundamento en la infracción grave del deber de información al ocultar la verdadera situación financiera de la entidad, no reflejar en sus balances ni en sus folletos la imagen fiel del Banco y no informar de los riesgos posteriores a la contratación, de conformidad con lo dispuesto en: 1) los artículos 1089, 1091, 1100 y 1101 del Código Civil; 2) los incumplimientos relativos al folleto de emisión (art. 38 TRLMV, y con anterioridad art. 28 LMV); 3) los incumplimientos relativos a la información financiera anual y semestral (art. 124 TRLMV, y con anterioridad art. 35 ter LMV); y 4) la falta de información relativa al riesgo de intervención de la Junta Unica de Resolución - JUR (arts. 208-1 y 209-1 TRLMV), acerca de poder ser utilizados los títulos (acciones) del demandante para poder reflotar la entidad bancaria (riesgo de capitalización interna), a tenor de lo dispuesto en el Reglamento 806/2014, del Parlamento Europeo, aplicable desde el 1/1/2016. Por el actor se solicita, con carácter principal, la declaración de nulidad de las operaciones de adquisición de las acciones y la condena del Banco demandado al abono de la cantidad de 70815,57 euros más intereses desde las fechas de adquisición de las acciones, menos los dividendos si los hubiere.

Las operaciones de adquisición de acciones del Banco Popular Español por el demandante se llevaron a cabo de la siguiente forma:

- 14678 acciones fueron adquiridas el 11/2/2012 mediante canje de 13165 acciones del Banco Pastor al aceptar el actor la oferta pública de adquisición (OPA) emitida por el Banco Popular Español a los accionistas y obligacionistas del Banco Pastor. El precio de la operación ascendió a 56231,42 euros (3,831 € por cada acción).
- 3738 acciones fueron adquiridas el 11/2/2012 mediante el canje de 121 obligaciones subordinadas necesariamente convertibles del Banco Pastor. El precio de la operación ascendió a 12846,45 euros (30,9 acciones del Banco Popular por cada obligación subordinada del Banco Pastor, valorando cada una de éstas últimas en 106,169 €).
- 239 acciones suscritas en ampliación de capital el 27/3/2012 sin desembolso mediante el ejercicio de derechos de suscripción.
- 888 acciones suscritas el 26/6/2012 mediante el programa de reinversión de dividendo al precio de 1495,39 euros. Tratándose de acciones de autocartera adjudicadas por el propio Banco emisor.
- 17829 acciones suscritas el 4/12/2012 en ampliación de capital al precio de 7149,43 euros.
- El 15/6/2013 el Banco Popular realizó un split 1x5, de modo que las 37372 acciones quedaron convertidas en 7474 acciones.
- 314 acciones suscritas en sucesivas ampliaciones de capital sin desembolso.

En total, el actor se hizo con 7788 acciones del Banco Popular Español, lo que le supuso un desembolso de 77722,69 euros. Acciones éstas que fueron objeto de

amortización como consecuencia de la decisión de la JUR, de fecha 7/6/2017, de resolución del Banco, por considerar que la entidad no podía hacer frente al pago de sus deudas y demás pasivos a su vencimiento, lo que supuso al demandante la pérdida total de su inversión.

El actor desglosa el precio pagado por las acciones del modo siguiente:

Adquiridas por canje de acciones del Banco Pastor

56231,42 €

Adquiridas por canje de obligaciones del Banco Pastor 12846,45 €

Adjudicadas como dividendo en especie el 26/6/2012 1495,39 €

Suscritas en ampliación de capital de diciembre de 2012 7149,43 €

TOTAL: 77722,69 €

Siendo así que el actor mientras fue titular de las acciones obtuvo la cantidad de 6907,12 euros, por venta de derechos de suscripción.

La sentencia de instancia estima la demanda en el sentido de: 1) declarar la nulidad de la permuta de acciones de Banco Pastor por acciones del Banco Popular Español, de fecha 11 de febrero de 2012; 2) declarar la nulidad de entrega de acciones de Banco Popular Español, de fecha 26 de junio de 2012; 3) declarar la nulidad de la suscripción de acciones de Banco Popular Español de fecha 6/12/2012; y 4) condenar a la entidad bancaria demandada a que abone al actor la cantidad de 70815,57 euros, minorada, en su caso, con las cantidades que hubiera recibido de la demandada por las citadas acciones, más los intereses legales desde las fechas de adquisición de las acciones.

Frente a la sentencia de instancia recurre en apelación la entidad bancaria demandada.

SEGUNDO. - En la resolución impugnada, la Juzgadora de instancia, entremezclando razonamientos propios de una acción resarcitoria de daños y perjuicios con otros de una acción de anulabilidad por vicio/error en la prestación del consentimiento, termina finalmente declarando la nulidad de las operaciones de adquisición de acciones del Banco Popular Español por el actor, sobre la base de la existencia de una información inveraz por parte de la entidad bancaria acerca de su situación económica y financiera, al ofrecer una imagen de solvencia que no se correspondía con la realidad, con la consecuencia de que el demandante-inversor no pudo analizar debidamente el alcance de su riesgo.

TERCERO. - En su escrito de interposición de recurso de apelación, el Banco demandado recurre los pronunciamientos 1,2 y 4 de la sentencia de instancia impugnada, con lo cual viene a consentir el pronunciamiento 3, por el que se declara la nulidad de la suscripción de acciones del banco Popular Español de fecha 6/12/2012. Con base a las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.

Así, se indica que, en el caso de los pronunciamientos recurridos, las acciones adquiridas por el actor no fueron producto de su compra en una oferta de ampliación de capital.

Por lo que hace a las 14678 acciones adquiridas en fecha 11/2/2012 mediante canje de 13165 acciones del Banco Pastor, por importe de 56231,42 euros, se aduce que el actor reclama por un producto que no acredita haber contratado ni que fuese por el importe que reclama.

Por lo que se refiere a las 3738 acciones adquiridas en fecha 11/2/2012 mediante canje de 121 obligaciones subordinadas necesariamente convertibles del Banco Pastor, por importe de 12846,45 euros, se alega que el actor reclama por unas acciones que derivan del canje de unas obligaciones subordinadas de Banco Pastor que supuso la consumación del contrato, por lo que la acción de nulidad estaba caducada y, en cualquier caso, cabe apreciar la imposibilidad de estimar las acciones de anulabilidad y de responsabilidad al existir beneficio al vencimiento del contrato. Por cuanto el demandante invirtió 12100 euros en obligaciones subordinadas y recibió 12846,45 euros en acciones de Banco Popular, de modo que obtuvo beneficios.

Que la decisión especulativa del actor fue la que le llevó a mantener los títulos durante más de cinco años, con el fin de obtener dividendos por los mismos, quedando expuestos a las fluctuaciones en su cotización. De lo que no se puede hacer responsable a la entidad bancaria. Por lo que son los clientes los que deben asumir el riesgo de depreciación que haya podido producirse desde la conversión de las obligaciones subordinadas en acciones del Banco Popular.

Que teniendo en cuenta que la fecha de finalización del contrato tuvo lugar en fecha 11/2/2012, por ser cuando se produjo la conversión de las obligaciones subordinadas en acciones, es un hecho que la demanda (presentada el 2/12/2019) se interpuso fuera de plazo, por lo que la acción de anulabilidad (con un plazo de caducidad de cuatro años) debió haber sido desestimada por la Juez "a quo". Si bien la caducidad de la acción no fue alegada en sede de contestación a la demanda, se trata de una cuestión apreciable de oficio. Y ello, por cuanto el inicio del cómputo de caducidad de la acción debe fijarse en el momento de la finalización del producto financiero complejo cuestionado, esto es, en el momento en que se produce su conversión en acciones.

Subsidiariamente, para el caso de confirmarse la acción de anulabilidad, que es el cliente el que debe asumir el riesgo de fluctuación del valor de las acciones desde el momento en que las recibe hasta que decide interponer la demanda. Por tanto, a efectos restitutorios, el cliente deberá devolver los dividendos cobrados así como las acciones con el valor que tenían cuando el demandante las recibió, todo ello a cuantificar en ejecución de sentencia.

Por lo que respecta a las 888 acciones suscritas en fecha 26/6/2012 mediante el programa de reinversión de dividendo al precio de 1495,39 euros, se esgrime que el actor no realizó desembolso alguno al suscribir las acciones cuya nulidad reclama por derivar las mismas de un "scrip dividend". Que la Juez yerra al afirmar que la adquisición de tales acciones supuso un perjuicio para el actor. Por cuanto el actor

vendió los derechos de suscripción preferente y con el importe de la venta se suscribieron las 888 acciones del Banco Popular, no llegando la actora a realizar desembolso alguno al suscribir dichas acciones.

Que ello quedó detallado en el informe pericial aportado por la recurrente, en donde se recoge lo siguiente: "En concreto, el 11 de febrero de 2012, obtuvo 14768 acciones, valoradas en 56231,42 euros, derivadas del canje de 13165 acciones de Banco Pastor y, al margen de esto, 3738 títulos, valorados en 12846,45 euros, consecuencia del canje de Obligaciones Subordinadas de Banco Pastor. Posteriormente, el 27 de marzo de 2012, adquirió 239 acciones, sin mediar desembolso, mediante el ejercicio de derechos de suscripción de los que era titular. De la misma forma, el 26 de junio de 2012, volvió a adquirir 888 nuevas acciones, mediante la reinversión de dividendos, ascendiendo la cuantía a 1495,39 euros".

Que al cliente se le dio la opción de vender sus derechos y obtener un dividendo líquido, o bien ejercitar el derecho de suscripción preferente, es decir, suscribir acciones de nueva emisión. Siendo ésta última la opción elegida por el demandante.

Asimismo, en relación a las acciones adquiridas mediante canje por las obligaciones subordinadas del Banco Pastor, que resulta improcedente la acción indemnizatoria prevista en el art. 1101 CC. Por cuanto, no se ha producido ningún perjuicio imputable a la demandada más allá de un descenso de la cotización de las acciones en que se convirtieron definitivamente las obligaciones subordinadas. Si el actor hubiera procedido a la venta de las acciones en el momento de percepción de las mismas hubiera obtenido 12846,45 euros de los 12100 euros invertidos en su adquisición, recuperando su inversión y obteniendo beneficios. No concurre nexo causal entre la conducta dolosa o negligente y el daño invocado por el demandante, toda vez que al canjear el producto por acciones el actor obtuvo beneficios. Siendo la pérdida de valor de las acciones como consecuencia de la insolvencia de la entidad en el año 2017 algo sobrevenido sin conexión con el canje que nos ocupa.

CUARTO. - En relación a las iniciales 14678 acciones del Banco Popular objeto de canje por acciones del Banco Pastor, la demandada recurrente cuestiona la realidad del instrumento de canje (contraprestación) por parte del demandante, esto es, la existencia de los 13165 acciones del Banco Pastor. Siendo así que, en el documento justificativo de las inversiones realizadas por el actor con el Banco Popular y el Banco Pastor, adjuntado con el escrito de demanda, figura un apunte, de fecha 11/2/2012, de "a canje" de 13165 títulos del Banco Pastor, y otro, de igual data, de "de canje" de 14678 títulos del Banco Popular. Y también dicha operación de canje viene a resultar reconocida en el apartado "antecedentes" del informe pericial de los técnicos de contabilidad y finanzas "Ayuso, Laínez & Monterrey" aportado por la demandada. Por lo que dicha objeción no puede ser atendida.

QUINTO. - Por lo que hace a las acciones adquiridas mediante canje por obligaciones subordinadas necesariamente convertibles del Banco Pastor, la demandada viene a plantear varios motivos impugnatorios.

El primero de ellos es el concerniente al tema de la caducidad de la acción de anulabilidad (cuatro años, a tenor del art. 1301 CC). Cuyo "dies a quo" o de comienzo de su cómputo entiende que debe fijarse en la fecha de canje de las obligaciones

subordinadas por acciones (esto es, el 11/2/2012). Con lo cual, la acción de anulabilidad estaría caducada al tiempo de interposición de la demanda (el 2/12/2019).

En materia de caducidad en el ejercicio de acciones de anulabilidad con base en la concurrencia de vicio de error en la prestación del consentimiento, es de señalar que constituye doctrina jurisprudencial la que establece que una interpretación del art. 1301 párrafo cuarto del Código Civil ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el mercado financiero debe impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de nulidad del contrato por error, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.

Como señala la STS núm. 409/2019, de 9 de julio:

"En la interpretación del art. 1301.IV CC , la jurisprudencia ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr "desde la consumación del contrato" y no antes (sentencias 89/2018, de 19 de febrero , y 264/2018, de 9 de mayo). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, del 12 de enero de 2015 , entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquél en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

En línea con lo aquí expuesto, cabe citar la SAP de Madrid, Sección 9ª, núm. 73/2020, de 10 de febrero, que tras analizar la jurisprudencia sobre caducidad en esta materia, concluye que: "Por tanto, debe concluirse que el plazo de caducidad no puede comenzar antes de la consumación del contrato. Pero si este ya se ha consumado, el plazo de caducidad no comienza antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error que vicia su consentimiento. Por tanto, para el cómputo del plazo de caducidad (en esta clase de contratos a los que se refiere la jurisprudencia citada) debe determinarse, en primer lugar, la fecha de consumación del contrato; y si ya está consumado, la fecha en que el cliente tuvo conocimiento del error; solo cuando concurren ambas circunstancias (consumación y conocimiento del error) puede comenzar a correr el plazo de caducidad. De ahí que sea incorrecto considerar en todo caso la fecha de conocimiento del error como la de inicio del plazo de caducidad; si el contrato no se había consumado todavía, no es así; habrá que esperar a la consumación para que comience a contarse el plazo de caducidad".

Finalmente, en la más reciente STS núm. 442/2020, de 20 de julio, se viene a indicar:

"En la interpretación del art. 1301 CC, la jurisprudencia ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr "desde la consumación del contrato", y no antes (sentencias 89/2018, de 19 de febrero, y 264/2018, de 9 de mayo). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser

que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De hecho este tribunal, de forma un tanto casuística, ha ido distinguiendo entre distintos productos financieros para advertir, en función de sus características, cuándo podía considerarse consumado el contrato de adquisición.

Así como en el caso de la adquisición de participaciones preferentes o de obligaciones subordinadas, el negocio se consume con la propia adquisición de estos productos, no ocurre lo mismo con las permutas financieras, en que no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato (sentencia 89/2018, de 19 de febrero); o con los bonos estructurados (sentencia 409/2019, de 9 de julio), en los que, durante un determinado período de tiempo, los rendimientos y las pérdidas se van produciendo periódicamente en función del comportamiento que hubieran tenido los valores a los que está ligado. En el caso de los bonos necesariamente convertibles en acciones, hemos entendido que "su consumación coincide con la fecha de conversión obligatoria, que es el momento en que se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica" (sentencia 357/2020, de 24 de junio).

Por lo que respecta al presente caso, los bonos adquiridos no son estructurados, sino valores de renta fija simple, y por sus características (tiene una duración de tiempo determinada, en este caso cinco años, al término del cual se recupera la inversión, y durante su vigencia genera un interés anual predeterminado) se puede entender consumado el contrato en el momento de su adquisición. Sin perjuicio de que si el error denunciado versa sobre el riesgo de pérdida de la inversión como consecuencia de la insolvencia del emisor, el cómputo del plazo comience cuando se advierte la existencia de ese riesgo, que en este caso, como muy bien argumenta la Audiencia, se produjo alrededor de agosto de 2008, que es cuando los demandantes reconocen en su demanda lo siguiente: "fue entonces agosto/septiembre de 2008, cuando asesorados por terceros, supieron que la sociedad emisora FERGO AISA, S.A. no tenía liquidez para el pago de los cupones comprometidos en aquella fecha. Al parecer la sociedad estaba al borde de la quiebra y, por tanto sus ahorros estaban en serio peligro".

En el supuesto examinado, la conversión de las obligaciones subordinadas necesariamente convertibles del Banco Pastor en acciones del Banco Popular no fue consecuencia del natural desenvolvimiento del producto financiero inicialmente contratado sino de un canje voluntario a iniciativa del Banco Popular, en el que, según se indica en el escrito de demanda, la parte actora confió en la información suministrada y ampliamente publicitada por el Banco Popular (folletos resumen, medios periodísticos, documentos oficiales, etc...) sobre los buenos resultados y la imagen de fuerza corporativa que ofreció la entidad hasta la amortización de las acciones en junio de 2017, siendo dicha información elemento decisivo para la adquisición y mantenimiento de las acciones, al punto de que de haber conocido el

demandante que el Banco tenía problemas de solvencia estructural no se hubiera realizado la adquisición ni se hubiese mantenido, deviniendo la amortización de las acciones un hecho totalmente inaudito para el actor, que no podía explicarse ni había tenido noticia alguna al respecto por parte de la entidad de la posibilidad de intervención y resolución de la entidad bancaria por las autoridades comunitarias.

Derivando la pérdida de la inversión en acciones del actor de la resolución del Banco Popular Español acordada por la Junta Unica de Resolución (JUR) el día 7 de junio de 2017, que conllevó la amortización de todas las acciones ordinarias en circulación del Banco.

De ahí que proceda situar en esa fecha (7/6/2017) el "dies a quo" para el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en la prestación del consentimiento (cuatro años). Lo que determina que la acción de anulabilidad ejercitada por el actor no se encuentre caducada.

SEXTO. - En anteriores resoluciones de esta Sala, como las sentencias de fecha 10/7/2020 (rollo de apelación núm. 284/2020) y de fecha 03/12/2020 (rollo de apelación núm. 553/2020), con ocasión de un idéntico ejercicio de acciones de nulidad/reclamatoria de daños y perjuicios en relación con la adquisición de acciones del Banco Popular Español, se ha venido a entender que, desde al menos el ejercicio 2011, las cuentas anuales del Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, ofreciendo una situación económica que no se correspondía con la realidad, fundamentalmente porque, al margen de otras irregularidades o disfunciones, se maquillaban o reducían las partidas de préstamos y créditos a cobrar, es decir, los dudosos, y se sobrevaloraban los activos inmobiliarios, todo ello en unas cuantías que tenían notable repercusión en las cuentas anuales y que, por tal motivo, podían influir en las decisiones económicas tomadas por los usuarios con base en los estados financieros. Con el consiguiente incumplimiento relevante de los deberes de información que pesaban sobre dicha entidad bancaria, contenidos en los arts. 27, 28, 79 y 79 bis de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como 34, 37, 38, 208y 209 del vigente texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

A tal conclusión de inveracidad de la información de la situación económica y financiera del Banco Popular Español se llega en las referidas sentencias en base en los siguientes datos:

1.- La Resolución del ICAC de fecha 26/2/2016 y posterior sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que lo confirma, considerando acreditado, con ocasión de revisar el cumplimiento por la sociedad de auditoría "Pricewaterhouse Coopers Auditores S.L." de las normas técnicas de auditoría, que los fondos de comercio fueron incorrectamente valorados y contabilizados en las cuentas anuales de 2012, con un impacto en el balance del 3,4% de su activo.

2.- La apertura por la AEAT al Banco Popular Español de un expediente al constatar una práctica que se remontaba, al menos, al año 2014, dirigida a refinanciar sociedades españolas a las que había concedido préstamos por cantidades relevantes (del orden de 196000000 € según la AEAT) y que tenían pérdidas tan elevadas que les abocaban a su disolución, con el consiguiente impacto en las

cuentas del Banco que, para evitar dicha situación, contrató a la entidad "Thesan Capital S.L." para la constitución de sociedades offshore en Luxemburgo, y a las que - siempre según la AEAT- se concedía préstamos con el fin de que, a su vez, dichas entidades financiaran mediante préstamos a las sociedades españolas, que, de este modo, recibían liquidez sin que figurara como prestamista el Banco Popular, eludiendo la causa de disolución y que el Banco tuviera que plasmar en sus cuentas dicha situación.

3.- En la comunicación por el Banco Popular del hecho relevante de 3/4/2017, aunque el Consejo de Administración trata de minimizar el impacto de los ajustes en las cuentas que se comunican, además de una actuación expresamente prohibida en el art. 150 LSC, se admite la existencia de dos irregularidades, a saber, insuficiencia de provisiones de créditos morosos y sobrevaloración de las garantías inmobiliarias en el balance que provienen de ejercicios anteriores a 2015 y que inciden en el patrimonio neto de la entidad.

4.- En el informe de Deloitte, emitido a instancia de la JUR, se reiteran las dos irregularidades contables descritas, esto es, préstamos y cuentas a cobrar y valoración de los activos inmobiliarios, apuntando la necesidad de ajustes de valoración de 3542000000 €, en el primer caso, y una sobrevaloración de activos, por incumplimiento de la normativa legal, de 3100000000 €, estimando que el Banco Popular tenía un valor negativo de entre -2000000000 € y -8000000000 €.

5.- En el informe de la CNMV de 23/5/2018, tras resaltar la gravedad del reajuste derivado del hecho relevante de 3/4/2017, en tanto que supuso la minoración del resultado del ejercicio del Grupo en 126 millones de euros y de su patrimonio neto en 387 millones de euros, se ratifica que las causas por las que las cuentas anuales no reflejaban la imagen fiel son, principalmente, las cuentas de morosos y la sobrevaloración de activos inmobiliarios, aclarando que aquellos ajustes eran manifiestamente insuficientes y que las irregularidades se remontaban a ejercicios anteriores.

6.- Finalmente, del informe emitido por los peritos del Banco de España en el procedimiento penal de diligencias previas núm. 42/2017 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, seguido contra el "Banco Popular Español S.A." y directivos de la citada entidad bancaria, se desprende, primero que la situación de la entidad a diciembre de 2011 era mala, con ratios de mora crecientes (inversiones dudosas de 6918 M € y una ratio de mora del 7,7% frente a la media del 4,8%), reclasificaciones significativas pendientes de realizar - lo que suponía pérdidas por deterioro significativas al cifrarse las provisiones adicionales pendientes de ser reconocidas por 2756 M € - y una posición de liquidez estructural apalancada con una dependencia elevada de los mercados mayoristas no adecuada a su tipo de negocio; segundo, en el ejercicio 2012, el Banco Popular tenía unas necesidades de capitalización de 3223 M €, constatándose tanto por la sociedad auditora como, sobre todo, por el Banco de España, importantes desfases así como las necesidades de reclasificación (1693 M € Deloitte y 6614 M € la inspección), como de mayor déficit de provisiones identificado en la revisión individualizada (355 M € y 1925 M €) y en el cálculo automático (45 M € y 395 M €); tercero, en el año 2013, la actuación del Banco de España implicó un incremento general de los

saldos clasificados como dudosos y que la entidad contabilizara la parte de las reclasificaciones detectadas por una inspección del Banco de España del año 2012 no registradas en este año; cuarto, si bien a partir de 2013, los dudosos comienzan a disminuir, en 2016 se incrementan, variación que se atribuye al cambio de la política contable interna del Banco Popular para la clasificación de operaciones y que se apartaba de los criterios sobre refinanciaciones del Banco de España, al extremo de que en 2014 el auditor calificó como dudosos 649 M € cuando en acreditados, en la misma cartera analizada, la inspección del Banco de España tenía indicios de incorrecta clasificación que llevarían a clasificar en dudoso 1475 M €; quinto, estas irregularidades se prolongan, a pesar de los requerimientos de la Autoridad supervisora para que revisara los criterios, a lo largo de 2015 y hasta el último trimestre de 2016, en que realizó una reclasificación a dudoso significativa, de forma que las cuentas de 2015, sobre las que se basó la ampliación de capital de 2016, se elaboraron con base en aquellos criterios; y, sexto, asimismo, en el marco de esta nueva política y contrariamente a lo que establecía la Circular del Banco de España, se liberaron provisiones de activos adjudicados, que incrementaron ficticiamente su valor.

Tal información inveraz - en la que el actor-inversor (persona de avanzada edad en cuanto nacido en el año 1927 y sin constancia de un conocimiento experto en el mercado de valores) razonablemente confió por provenir de una entidad financiera sujeta a supervisión y control bancario - permite tener por concurrente el presupuesto de existencia de error excusable en el demandante con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento (art. 1266 CC), que hace resulte de acoger la acción por el mismo ejercitada de nulidad de la operación negocial de adquisición de acciones del Banco Popular.

Al respecto, en la ya citada sentencia de esta Sección, de fecha 3/12/2020 (rollo de apelación núm. 553/2020), se viene a argumentar:

"35.- En efecto, conforme se anticipó, desde al menos el año 2011 y a lo largo de los ejercicios siguientes, incluido el ejercicio 2016, las cuentas anuales adolecen de graves inexactitudes que impiden cumplir la finalidad perseguida de reflejar la imagen fiel de la entidad y entre las cuales destacan dos: la ocultación o encubrimiento de las cuentas de préstamos o créditos "dudosos" y la sobrevaloración de los activos inmobiliarios. La información proporcionada en los folletos y ofrecida en las cuentas anuales no informaba fiel y cabalmente de la situación económica de Banco Popular, ya que se distorsionó la verdadera situación al no respetar aspectos de la normativa contable, no clasificarse correctamente la cartera de créditos en riesgo de impago, ni realizar una correcta valoración de activos, afectándose globalmente las cuentas de la entidad de manera que impedían ponderar el estado de solvencia real y la solidez de su situación financiera.

36.- Y este déficit de información, que en realidad no es tal sino una actuación conscientemente orientada -visto el cambio de política contable operado en 2014- a disfrazar las dificultades por las que atravesaba la sociedad y trasladar una imagen de fortaleza económica tan atrayente a posibles inversores -en especial los clientes tradicionales del grupo, depositantes e inversores de productos estables- como alejada de la realidad, no solo constituye un incumplimiento claro y manifiesto de

las obligaciones de proporcionar una información veraz a través de los canales e instrumentos regulados, lo que no se hizo, aparentando una liquidez de la que se carecía, sino que, a los efectos que nos ocupan, impidió al cliente adoptar una decisión informada y consciente sobre la suscripción y mantenimiento de los valores, induciéndole a creer erróneamente en la viabilidad de la operación sobre la base de unos datos irreales que, de haber conocido, cabe fundadamente pensar que le hubieran llevado a rechazar la operación.

.....

39.- Como decíamos en nuestra sentencia 565/2019, de 22 de octubre , puede concluirse que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que los actores, como inversores no profesionales o clientes minoristas, 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, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro.

.....

41.- En consecuencia, la Sala no puede sino compartir la conclusión de la sentencia objeto de recurso acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos para que la acción ejercitada pueda prosperar: hubo una actuación de la demandada, por acción -al ofrecerse una información sobre la solvencia de la entidad que no reflejaba la realidad- y omisión -al no suministrar los verdaderos datos sobre aspectos que alteraban sustancialmente a la baja las perspectivas ofertadas, ocultando la esencia de pérdidas considerables-, que generaron en el demandante, cuyas particulares circunstancias de edad y confianza en la gestión del personal de la sucursal, le hacían especialmente vulnerable a las sugerencias y propuestas que le hacían, una idea falsa sobre la situación económica del Banco Popular que fue lo que le llevó a adquirir las acciones que le ofrecían."

SEPTIMO .- Por último, por lo que hace a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de las operaciones de adquisición de las acciones del Banco Popular de litis, hay que estar a lo establecido en el art. 1303 CC.

Particularmente, y al respecto, en la SAP Madrid, Sección 8ª, de fecha 30/9/2019, con cita de la sentencia de esta Sección 1ª AP de Pontevedra, de fecha 17/7/2019, se viene a señalar:

" La restitución opera retroactivamente, con efectos ex tunc. Se deben devolver las mismas cosas objeto del contrato, con sus frutos. Pero esta restitución, lógicamente lo será de las cosas en el estado en que se encuentren cuando la restitución se lleve a cabo." Ello impide que se tenga en cuenta el valor de las acciones en el momento del canje.

Precisamente en el caso que nos ocupa resulta que la restitución de las acciones, efecto propio de la nulidad, no puede llevarse a cabo ya que las acciones resultaron amortizadas por la resolución de 7 de junio de 2017, de la Comisión Rectora del

Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su sesión ejecutiva ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se adoptó el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, S.A.

Llegado a este punto, puede argüirse que ciertamente el artículo 1307 CC viene al caso en supuestos en que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido (sin culpa o dolo del que ejercita la acción, dado que en ese supuesto la acción queda extinguida conforme al artículo 1314 CC), en cuyo caso deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha. Esta resolución que parte de la aplicación de lo previsto en el artículo 1307 CC para el caso de pérdida de la cosa ha sido adoptada por ejemplo en SAP de Madrid secc. 19 de 25 de junio de 2019 rec. nº 367/2009 y SAP secc 2º de Cantabria de 17 de julio de 2018 rec. 521/2018 , en que al determinar los efectos de la declaración de nulidad se descuenta del total a reintegrar por la entidad bancaria, además de rendimientos e intereses, el valor de última cotización de las acciones. No se encuentra sin embargo satisfactorio este criterio en atención a que lo que aquí se ha producido no es propiamente la pérdida material de la cosa objeto del contrato a la que se refiere el artículo 1307 CC sino la amortización de las acciones por intervención de terceros (JUR y FROB). En efecto, como se señala en la STS de 26 de julio de 2000"el precepto anterior (art. 1303 CC) puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio, (arts. 452 y sgs), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto". Precisamente en la regulación de la liquidación de los estados posesorios se encuentra el artículo 457 CC que dispone que el poseedor de buena fe -al que se equipara ahora a quien debe reintegrar lo que es objeto del contrato, como efecto de la nulidad ex artículo 1303 CC - no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo.

De este modo no se hace recaer las consecuencias de la amortización sobrevenida de las acciones en quien prestó inicialmente consentimiento contractual afectado de vicio invalidante, que queda así en la misma situación patrimonial en que se encontraba antes de la inversión."

En el mismo sentido, en la sentencia de esta Sección, de fecha 3/12/2020 (rollo de apelación núm. 465/2020) con cita de las sentencias de la misma Sala núms. 419/2019, de 17 de julio, y 138/2020, de 10 de marzo, se viene a argumentar que:

" La restitución opera retroactivamente, con efectos ex tunc. Se deben devolver las mismas cosas objeto del contrato, con sus frutos. Pero esta restitución, lógicamente lo será de las cosas en el estado en que se encuentren cuando la restitución se lleve a cabo. Para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, -pues, se insiste, la transmisión patrimonial carecía de causa legítima-, existe obligación de devolver los

frutos. La transmisión del riesgo de pérdida de la cosa se regula en el art. 1307, que establece que si el obligado por la declaración de nulidad no pudiera devolver la cosa por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor de la cosa cuando se perdió, con intereses desde esa fecha. Nos parece claro que el precepto no está contemplando expresamente el supuesto que nos ocupa, de transmisión de un título que pierde su valor (y menos desde la posición del contratante de buena fe), pero en defecto de norma expresa creemos que no se fuerzan las cosas si se entiende como pérdida de la cosa la pérdida del valor de las acciones. Perdidas las acciones por los actos de intervención administrativa, ajenos por completo al poseedor (lo que excluye la aplicación del art. 1314), éste devolverá las mismas cosas, -los títulos-, con los frutos que hubiera percibido. La misma solución se produciría si se aplicaran analógicamente otras normas del Código Civil, lo que nos lleva a inferir un criterio general en favor de la tesis de la sentencia. Así, en primer lugar, si se aplicaran las normas de la liquidación de los estados posesorios (arts. 451 y ss. del Código Civil, si bien la existencia entre las partes de un contrato impide la aplicación directa de tales normas, como tiene declarado el TS), la cuestión se resolvería con la aplicación del art. 457: considerando que el inversor es el contratante in bonis, no respondería de los deterioros de la cosa, salvo que hubiera actuado dolosamente. En el caso, su obligación de entrega quedaría satisfecha con la entrega de los títulos, y si éstos han perdido su valor, la pérdida la soportará el banco emisor. Y a la misma solución se llega, -lo que supondría recuperar la tesis tradicional de que la restitución del art. 1303 es una forma de conditio indebiti -, si se aplica el art. 1897: el contratante in bonis solo responde de las pérdidas de la cosa "en cuanto por ellas se hubiere enriquecido"; el mismo precepto resolvería el problema de la transmisión de las acciones a un tercero, en cuyo caso el contratante in bonis devolvería el precio obtenido o la acción para recuperar las cosas, que es la solución a la que suele llegar la jurisprudencia en casos similares.

Por tanto, los demandantes devolverán las cosas con el valor que tenían en el momento en que se debe hacer efectiva la restitución de efectos, con la sentencia que declara la nulidad y ordena la restitución de prestaciones. Si el valor de las acciones se ha perdido, esta pérdida no la debe soportar el contratante cuyo consentimiento fue inválido por el error inducido por el banco, aunque sí deberá devolver los rendimientos obtenidos".

A la vista de las consideraciones expuestas, **procede mantener el pronunciamiento restitutorio de cantidades de la sentencia de instancia**, a salvo el derivado de la nulidad de la adquisición el 26/6/2012 de 888 acciones del Banco Popular Español, por cuanto tales acciones fueron entregadas al actor en lugar de sus correspondientes dividendos (que el demandante en caso de haber percibido debería restituir), sin por ello desembolso económico alguno por su parte que deba ser devuelto por el Banco. Ello en cuenta, procede deducir del principal reclamado la suma de 1495,39 euros, lo que sitúa en 69320,18 euros la cantidad objeto de condena en concepto de principal. Debiendo por tanto, ser estimado parcialmente el recurso de apelación en dicho pequeño extremo.

OCTAVO. - Dada la estimación parcial del recurso de apelación, determinante de una estimación sustancial de la demanda, procede mantener la imposición a la parte

demandada de las costas procesales de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada (art. 398.2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca parcialmente la sentencia de instancia impugnada, en el único extremo de establecer en 69320,18 euros la cantidad a que cuyo abo no al actor se condena a la entidad bancaria demandada en concepto de principal, manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la sentencia apelada; todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Hágase devolución a la demandada recurrente del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

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

SAP Pontevedra 2/2021, 11 de Enero de 2021

Ponente: FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO

Número de Recurso: 240/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 2/2021

Fecha de Resolución: 11 de Enero de 2021

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 1ª

Id. vLex VLEX-863460042

Link: <https://app.vlex.com/#vid/863460042>

Original

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

Texto

Contenidos

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

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00002/2021

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 Fax: 986803962

Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: AA

N.I.G. 36008 41 1 2019 0000079

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000240 /2020

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CANGAS

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000023 /2019

Recurrente: Leocadia, Gabriel

Procurador: OLGA MARIA VEIGA SILVA, OLGA MARIA VEIGA SILVA

Abogado: JUAN GAISSE FARIÑA, JUAN GAISSE FARIÑA

Recurrido: BANCO SANTANDER SA

Procurador: JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: ALVARO ALARCON DAVALOS

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM. 2/21

En PONTEVEDRA, a once de enero de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 23/2019, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 de CANGAS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000240 /2020, en los que aparece como parte apelante , Leocadia, Gabriel , representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. OLGA MARIA VEIGA SILVA, asistido por el Abogado D. JUAN GAISSE FARIÑA, y como parte apelada , BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL, asistido por el Abogado D. ALVARO ALARCON DAVALOS, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, quien manifiesta el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Cangas, con fecha 21/01/2020, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D^a. Olga M^a. Veiga Silva, en nombre y representación de D^a. Leocadia y D. Gabriel, contra la entidad Banco Santander S.A, representada por el procurador de los tribunales D. Jesús González Puelles Casal y ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandante."

SEGUNDO

Notificada dicha resolución a las partes, por D^a Leocadia y D. Gabriel se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente proceso de juicio ordinario se ha venido a promover por Doña Leocadia y su hijo Don Gabriel contra la entidad "Banco Santander S.A." (como sucesora de "Banco Popular Español S.A."), en ejercicio de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios causados por la amortización de 1716 acciones de "Banco Popular Español S.A." ocurrida el 7 de junio de 2017, con fundamento en: 1) el incumplimiento general de las obligaciones (arts. 1089, 1091, 1100 y 1101 CC); 2) los incumplimientos relativos al folleto de emisión (art. 28 LMV, actual art. 38 TRLMV); 3) los incumplimientos relativos a la información financiera anual y semestral (art. 35 ter LMV, actual art. 124 TRLMV); y 4) la falta de información relativa al riesgo de intervención de la Junta Unica de Resolución (JUR), al amparo de los arts. 208 y 209 del TRLMV y Reglamento UE núm. 806/2014, de 15 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, aplicable desde el 1/1/2016, en tanto establece un procedimiento de resolución de las entidades financieras en caso de quiebra, que prevé que serán los inversores de ciertos instrumentos de capital quienes absorban las pérdidas, descartando las ayudas públicas. Por los actores se solicita, con carácter principal, que se declare la responsabilidad de la demandada por daños y perjuicios

con condena al abono a los actores de la cantidad de 15988,37 euros menos los dividendos si hubieran existido, más los intereses legales, y, subsidiariamente, aparte de la declaración de responsabilidad por daños y perjuicios, al abono a los actores de la cantidad de 5137,60 euros menos los dividendos si hubieran existido, más los intereses legales.

La sentencia de instancia desestima la demanda.

Frente a la sentencia de instancia recurren en apelación los demandantes.

SEGUNDO. - Es de señalar que las operaciones de adquisición de acciones por los demandantes se llevaron a cabo de la siguiente forma:

- 4635 acciones fueron adquiridas el 26/1/2012 mediante canje por 150 obligaciones subordinadas necesariamente convertibles del Banco Pastor adquiridas en el mes de marzo de 2011 y con fecha de vencimiento el 14/4/2014. Siendo el valor del canje de 15925,35 euros.

- 283 acciones fueron adquiridas durante el año 2012 ejercitando derechos de suscripción y sin desembolso económico.

- En el mes de noviembre de 2012, los actores venden 3810 derechos de suscripción y perciben por ello 1261,10 euros.

- 3324 acciones fueron adquiridas en una ampliación de capital llevada a cabo por el Banco Popular en el mes de diciembre de 2012, ejercitando 1108 derechos de suscripción y desembolsando los actores la cantidad de 1332,92 euros. De modo que, a 31/12/2012, los actores eran titulares de 8242 acciones de "Banco Popular Español S.A."

- En el mes de junio de 2013, el Banco Popular lleva a cabo un split 5x1, canjeando cinco acciones viejas por una nueva, transmitiendo los actores dos acciones a cambio de 1,15 euros, quedando como titulares de 1648 acciones nuevas, y llegando a percibir 7,65 euros por ventas de derechos de suscripción.

- 68 acciones adquiridas a partir de ese momento vía derechos de suscripción y sin desembolso de dinero. Siendo los actores, a fecha 7/6/2017, titulares de 1716 acciones del Banco Popular Español.

Dichas 1716 acciones fueron objeto de amortización como consecuencia de la decisión de la JUR, de fecha 7/6/2017, de resolución del "Banco Popular Español S.A.", por considerar que la entidad no podía hacer frente al pago de sus deudas y demás pasivos a su vencimiento, lo que supuso a los demandantes la pérdida total de su inversión.

TERCERO. - En la resolución impugnada, la Juzgadora de instancia fundamenta esencialmente su decisión: 1) en que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios tiene como presupuesto la existencia de pérdida económica en el resultado del producto financiero adquirido por el inversor, de modo que, acreditado que los demandantes recibieron acciones por un valor de mercado de 15926,47 euros y que la inversión inicial en la adquisición de las obligaciones subordinadas necesariamente convertibles fue de 15000 euros, la acción de indemnización de daños y perjuicios ha de ser desestimada por falta de un perjuicio real y efectivo en el momento de la

conversión de las obligaciones subordinadas en acciones; y 2) en cualquier caso, la acción resarcitoria estaría prescrita conforme a lo dispuesto en el art. 38 TRLMV, al comenzar a computarse el plazo de tres años desde el momento en que se produjo el incumplimiento, en este caso en la fecha del canje de las obligaciones subordinadas por acciones del Banco Popular en el mes de enero de 2012.

CUARTO. - En su escrito de interposición de recurso de apelación, los actores recurrentes interesan la estimación de su demanda. Con base a las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.

Así, en primer lugar, se aduce incongruencia omisiva y falta de motivación en la sentencia recurrida (art. 218 LEC).

Por cuanto hay dos relevantes adquisiciones de acciones del Banco Popular Español. La primera, ocurrida en el mes de enero de 2012 mediante el canje de obligaciones subordinadas del Banco Pastor por un importe de 15925,35 euros. La segunda, acaecida en el mes de diciembre de 2012 mediante suscripción de acciones en una ampliación de capital, con un desembolso de 1332,92 euros. Viniendo la sentencia a referirse únicamente a la primera adquisición.

Que la sentencia yerra al suponer que la demanda se dirige a impugnar la adquisición de obligaciones subordinadas cuando lo que se impugna es su canje por acciones del Banco Popular.

Que la reclamación se refiere a las acciones recibidas en canje porque el Banco carecía de la solvencia que decía tener. Por la suscripción de las acciones fiándose en la información facilitada por el Banco, que resultó engañosa y no reflejaba la imagen fiel de la entidad. Si se ofrecen acciones de una entidad solvente que en realidad no lo es, el riesgo ya no es el propio de una suscripción de acciones.

Que dada la dicción legal de los arts. 38 y 124 TRLMV, el plazo de prescripción de las acciones que regulan comenzaría a contar el 7/6/2017. Por cuanto antes de esa fecha es imposible que un inversor minorista tuviese conocimiento de las irregularidades cometidas en el folleto o en las cuentas del Banco.

Que, asimismo, concurren los requisitos de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Así:

1.- Con el informe pericial aportado con la demanda (peritos Sres. Onesimo, Pablo, Plácido y Prudencio) se acredita la falsedad de las cuentas del Banco Popular. Con las que se pretendía transmitir una imagen de fortaleza que no se correspondía con la realidad. El valor de las acciones del Banco no podía ser el que se afirmaba tenían al ser el resultado contable del Banco mucho menor. Tanto en la operación de la oferta pública de adquisición (OPA) sobre el Banco Pastor de febrero de 2012 como en la ampliación de capital de diciembre del mismo año. Con existencia de una clara omisión en la información suministrada por el folleto, pues el accionista o futuro accionista no podía adivinar de ninguna manera el verdadero problema de escasez de dotaciones de créditos y de proliferación de activos tóxicos.

2.- Con el informe de los peritos, del Banco de España, de fecha 8/4/2019, se ponen de relieve las irregularidades denunciadas en demanda, de aumento considerable de créditos morosos e incobrables desde 2010 que no fueron clasificados como tales así

como la presencia de activos inmobiliarios valorados muy por encima del valor real de mercado, dando lugar a una apariencia de solvencia que no era real.

3.- La resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), de fecha 25/4/2018, sancionando a Pricewaterhouse Coopers-PWC (auditora del Banco Popular), por infracciones graves en la auditoría de las cuentas anuales de 2012, demuestra que ya en esa fecha las cuentas del Banco Popular no ofrecían una imagen fiel. Dicha resolución del ICAC fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de fecha 14/2/2019.

4.- Con las conclusiones de la Agencia Tributaria sobre concesiones de préstamos a entidades offshore constatadas en el año 2014, se acredita que el Banco Popular evitó llevar a pérdidas los impagos de préstamos concedidos a sociedades que resultaron insolventes, diseñando para ello una maniobra mediante la cual refinanciaba esas operaciones a través de sociedades interpuestas (de Luxemburgo) para que no constasen en su balance.

5.- Mediante hecho relevante, de fecha 3/4/2017, el Banco Popular vino a comunicar la reexpresión de sus cuentas del año 2016 y a reconocer explícitamente determinadas irregularidades en las mismas.

6.- En el informe de la CNMV de 23/5/2018, en referencia al hecho relevante de 3/4/2017, se viene a señalar la gravedad de aquellas inexactitudes.

7.- En la resolución de la JUR de fecha 7/6/2017 se viene a concluir la inviabilidad del Banco Popular.

8.- En el informe de Deloitte, elaborado a instancias de la JUR, se indica que, tomando como datos los existentes a 31/3/2017, el Banco Popular tenía un valor negativo entre 2000 y 8000 millones de euros, indicando asimismo que los activos inmobiliarios del Banco no estaban bien valorados.

Que, acreditadas las irregularidades contables de origen anterior a 2012 y las informaciones engañosas contenidas en los folletos de la OPA sobre el Banco Pastor y de ampliación de capital de diciembre de 2012, resulta igualmente acreditado que los perjuicios reclamados fueron provocados por esas actuaciones del Banco. Habida cuenta de que, tanto el canje de enero de 2012 como la suscripción de diciembre de 2012, fueron voluntarios, accediendo los recurrentes a los mismos fiados en la información publicada por el Banco con la convicción de que adquirirían valores seguros. Existiendo pues, un nexo causal entre la actuación del Banco y el daño padecido por los inversores.

Igualmente, que no resulta de aplicación al caso el art. 39-2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Por cuanto los exaccionistas del Banco Popular no reclaman daños derivados de la amortización de sus acciones sino de un hecho anterior, cuál es el engaño acerca de la solvencia del Banco. Y no reclaman con fundamento en el contrato de sociedad sino en el de compraventa, porque antes de ser accionistas se fiaron de la información facilitada por el Banco para tomar la decisión de comprar. Así pues, a esos efectos deben ser considerados terceros.

Que la intervención por el Banco por la JUR no es la causa de la pérdida de las acciones sino el acto que pone de manifiesto la pérdida.

Que todo ello concuerda con la doctrina del TS y del TJUE.

Que el TJUE ha dicho que las Directivas aprobadas para proteger el capital social no se oponen al derecho del inversor a ser indemnizado, de modo que la sociedad emisora está obligada a reembolsarle el precio de adquisición de las acciones y hacerse cargo de éstas (STJUE de 19/12/2013).

Que nos encontramos ante una obligación de indemnizar un daño ya devengado o causado con anterioridad a quién entonces era un tercero y compra acciones engañado por unas cuentas no veraces.

Finalmente, en materia de costas, que se imponen las mismas a la parte actora al desestimarse la demanda, mas sin reparar en la concurrencia de dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición.

QUINTO. - Ciertamente los actores no ejercitan acción alguna en relación a la inicial contratación del producto financiero complejo (obligaciones subordinadas necesariamente convertibles del Banco Pastor adquiridas en el mes de marzo de 2011 y con fecha de vencimiento el 14/4/2014), sino contra la operación de adquisición de acciones del Banco Popular por canje del referido producto financiero, equiparable a cualquier otra operación de compra, con pago en metálico, de acciones de nueva emisión para la ampliación del capital social de la entidad bancaria. Así, la conversión de las obligaciones subordinadas del Banco Pastor en acciones del Banco Popular, mediante canje llevado a cabo el 26/1/2012, es de señalar que no fue consecuencia del natural desenvolvimiento del producto financiero en cuestión sino de un canje voluntario a iniciativa del Banco Popular, como consecuencia de una oferta pública de adquisición (OPA), de acciones ordinarias de nueva emisión, emitida por el Banco Popular Español a los accionistas y obligacionistas del Banco Pastor con la finalidad de hacerse con el control de éste último Banco. En cuyo proceso se sostiene por los actores que se facilitó información inveraz por el Banco Popular sobre unos buenos resultados económico-financieros de la entidad dando una imagen de fuerza corporativa que se mantuvo hasta la amortización de las acciones en junio de 2017. Siendo, por lo demás, dicha información elemento decisivo para la adquisición y mantenimiento de las acciones, al punto de que, de haber conocido los demandantes que el Banco tenía problemas de solvencia estructural, no hubiesen realizado su adquisición ni la hubiesen mantenido.

Lo anterior enlaza con el tema de la prescripción de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada por los actores. Cuyo "dies a quo" o de comienzo de su cómputo entiende la Juzgadora de instancia que debe fijarse en la fecha de canje de las obligaciones subordinadas por acciones (mes de enero de 2012), con lo cual conforme el art. 38 TRLMV (que establece un plazo de prescripción de tres años) la acción estaría prescrita al tiempo de interposición de la demanda (el día 11/1/2019).

Al respecto, es de señalar que la parte actora ejercita una acción de reclamación de daños y perjuicios con fundamento en el supuesto incumplimiento general de las obligaciones (arts. 1089 y ss CC), en incumplimientos relativos al folleto de emisión (art. 38 TRLMV) y a la información financiera anual y semestral (art. 124 TRLMV),

así como incumplimientos sobre la información relativa al riesgo de intervención de la JUR (arts. 208 y 209 TRLMV). El plazo general para el ejercicio de las acciones ex arts. 1089 y 1101 y ss CC es actualmente, tras la reforma del art. 1964 CC operada por la ley 42/2015, de 5 de octubre, de cinco años (antes, quince años, de forma que, respecto a las acciones nacidas antes de la entrada en vigor de la ley, vencería transcurridos cinco años desde esta última fecha). De conformidad con el art. 38.2 párrafo 2º TRLMV, la acción para exigir la responsabilidad por la información que figura en el folleto "prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de la falsedad o de las omisiones en relación al contenido del folleto". Y, en cuanto a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los titulares de los valores como consecuencia de que la información anual y semestral a la que se hace referencia en los arts. 118 y 119 TRLMV no hubiera proporcionado una imagen fiel del emisor, "prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de que la información no proporciona una imagen fiel del emisor (art. 124 TRLMV). En tal sentido, sentencia de esta Sección de fecha 10/7/2020 (rollo de apelación núm. 284/2020).

De ahí que, no habiéndose acreditado que los demandantes hubieran tenido conocimiento de que la información ofrecida por el Banco Popular no proporcionaba una imagen fiel de su situación o de que el folleto omitía datos relevantes o contenía información económica que no se ajustaba a la realidad, antes de la amortización de sus acciones (en fecha 8/6/2017), los plazos no pueden empezar a correr sino desde este momento, por lo que, presentada la demanda el 11/1/2019, la acción no puede considerarse prescrita.

SEXTO. - Pasando al análisis de las siguientes alegaciones del recurso, es de señalar que en anteriores resoluciones de esta Sala, como las sentencias de fecha 10/7/2020 (rollo de apelación núm. 284/2020) y de fecha 03/12/2020 (rollo de apelación núm. 553/2020), con ocasión de un idéntico ejercicio de acciones de nulidad/reclamatoria de daños y perjuicios en relación con la adquisición de acciones del Banco Popular Español, se ha venido a entender que, desde al menos el ejercicio 2011, las cuentas anuales del Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, ofreciendo una situación económica que no se correspondía con la realidad, fundamentalmente porque, al margen de otras irregularidades o disfunciones, se maquillaban o reducían las partidas de préstamos y créditos a cobrar, es decir, los dudosos, y se sobrevaloraban los activos inmobiliarios, todo ello en unas cuantías que tenían notable repercusión en las cuentas anuales y que, por tal motivo, podían influir en las decisiones económicas tomadas por los usuarios con base en los estados financieros. Con el consiguiente incumplimiento relevante de los deberes de información que pesaban sobre dicha entidad bancaria, contenidos en los arts. 27, 28, 79 y 79 bis de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como 34, 37, 38, 208y 209 del vigente texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

A tal conclusión de inveracidad de la información de la situación económica y financiera del Banco Popular Español se llega en las referidas sentencias en base en los siguientes datos:

1.- La Resolución del ICAC de fecha 26/2/2016 y posterior sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que lo confirma, considerando acreditado, con ocasión de revisar el cumplimiento por la sociedad de auditoría "Pricewaterhouse Coopers Auditores S.L." de las normas técnicas de auditoría, que los fondos de comercio fueron incorrectamente valorados y contabilizados en las cuentas anuales de 2012, con un impacto en el balance del 3,4% de su activo.

2.- La apertura por la AEAT al Banco Popular Español de un expediente al constatar una práctica que se remontaba, al menos, al año 2014, dirigida a refinanciar sociedades españolas a las que había concedido préstamos por cantidades relevantes (del orden de 196000000 € según la AEAT) y que tenían pérdidas tan elevadas que les abocaban a su disolución, con el consiguiente impacto en las cuentas del Banco que, para evitar dicha situación, contrató a la entidad "Thesan Capital S.L." para la constitución de sociedades offshore en Luxemburgo, y a las que -siempre según la AEAT- se concedía préstamos con el fin de que, a su vez, dichas entidades financiaran mediante préstamos a las sociedades españolas, que, de este modo, recibían liquidez sin que figurara como prestamista el Banco Popular, eludiendo la causa de disolución y que el Banco tuviera que plasmar en sus cuentas dicha situación.

3.- En la comunicación por el Banco Popular del hecho relevante de 3/4/2017, aunque el Consejo de Administración trata de minimizar el impacto de los ajustes en las cuentas que se comunican, además de una actuación expresamente prohibida en el art. 150 LSC, se admite la existencia de dos irregularidades, a saber, insuficiencia de provisiones de créditos morosos y sobrevaloración de las garantías inmobiliarias en el balance que provienen de ejercicios anteriores a 2015 y que inciden en el patrimonio neto de la entidad.

4.- En el informe de Deloitte, emitido a instancia de la JUR, se reiteran las dos irregularidades contables descritas, esto es, préstamos y cuentas a cobrar y valoración de los activos inmobiliarios, apuntando la necesidad de ajustes de valoración de 3542000000 €, en el primer caso, y una sobrevaloración de activos, por incumplimiento de la normativa legal, de 3100000000 €, estimando que el Banco Popular tenía un valor negativo de entre -2000000000 € y -8000000000 €.

5.- En el informe de la CNMV de 23/5/2018, tras resaltar la gravedad del reajuste derivado del hecho relevante de 3/4/2017, en tanto que supuso la minoración del resultado del ejercicio del Grupo en 126 millones de euros y de su patrimonio neto en 387 millones de euros, se ratifica que las causas por las que las cuentas anuales no reflejaban la imagen fiel son, principalmente, las cuentas de morosos y la sobrevaloración de activos inmobiliarios, aclarando que aquellos ajustes eran manifiestamente insuficientes y que las irregularidades se remontaban a ejercicios anteriores.

6.- Finalmente, del informe emitido por los peritos del Banco de España en el procedimiento penal de diligencias previas núm. 42/2017 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, seguido contra el "Banco Popular Español S.A." y directivos de la citada entidad bancaria, se desprende, primero que la situación de la entidad a diciembre de 2011 era mala, con ratios de mora crecientes (inversiones dudosas de 6918 M € y una ratio de mora del 7,7% frente a la media del 4,8%), reclasificaciones significativas pendientes de realizar - lo que suponía

pérdidas por deterioro significativas al cifrarse las provisiones adicionales pendientes de ser reconocidas por 2756 M € - y una posición de liquidez estructural apalancada con una dependencia elevada de los mercados mayoristas no adecuada a su tipo de negocio; segundo, en el ejercicio 2012, el Banco Popular tenía unas necesidades de capitalización de 3223 M €, constatándose tanto por la sociedad auditora como, sobre todo, por el Banco de España, importantes desfases así como las necesidades de reclasificación (1693 M € Deloitte y 6614 M € la inspección), como de mayor déficit de provisiones identificado en la revisión individualizada (355 M € y 1925 M €) y en el cálculo automático (45 M € y 395 M €); tercero, en el año 2013, la actuación del Banco de España implicó un incremento general de los saldos clasificados como dudosos y que la entidad contabilizara la parte de las reclasificaciones detectadas por una inspección del Banco de España del año 2012 no registradas en este año; cuarto, si bien a partir de 2013, los dudosos comienzan a disminuir, en 2016 se incrementan, variación que se atribuye al cambio de la política contable interna del Banco Popular para la clasificación de operaciones y que se apartaba de los criterios sobre refinanciaciones del Banco de España, al extremo de que en 2014 el auditor calificó como dudosos 649 M € cuando en acreditados, en la misma cartera analizada, la inspección del Banco de España tenía indicios de incorrecta clasificación que llevarían a clasificar en dudoso 1475 M €; quinto, estas irregularidades se prolongan, a pesar de los requerimientos de la Autoridad supervisora para que revisara los criterios, a lo largo de 2015 y hasta el último trimestre de 2016, en que realizó una reclasificación a dudoso significativa, de forma que las cuentas de 2015, sobre las que se basó la ampliación de capital de 2016, se elaboraron con base en aquellos criterios; y, sexto, asimismo, en el marco de esta nueva política y contrariamente a lo que establecía la Circular del Banco de España, se liberaron provisiones de activos adjudicados, que incrementaron ficticiamente su valor.

Lo que hace que, en la sentencia de esta Sección, de fecha 3/12/2020 (rollo de apelación núm. 553/2020), se venga a concluir:

"35.- En efecto, conforme se anticipó, desde al menos el año 2011 y a lo largo de los ejercicios siguientes, incluido el ejercicio 2016, las cuentas anuales adolecen de graves inexactitudes que impiden cumplir la finalidad perseguida de reflejar la imagen fiel de la entidad y entre las cuales destacan dos: la ocultación o encubrimiento de las cuentas de préstamos o créditos "dudosos" y la sobrevaloración de los activos inmobiliarios. La información proporcionada en los folletos y ofrecida en las cuentas anuales no informaba fiel y cabalmente de la situación económica de Banco Popular, ya que se distorsionó la verdadera situación al no respetar aspectos de la normativa contable, no clasificarse correctamente la cartera de créditos en riesgo de impago, ni realizar una correcta valoración de activos, afectándose globalmente las cuentas de la entidad de manera que impedían ponderar el estado de solvencia real y la solidez de su situación financiera.

.....

39.- Como decíamos en nuestra sentencia 565/2019, de 22 de octubre , puede concluirse que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica-financiera real, sin que los actores, como

inversores no profesionales o clientes minoristas, dispusiesen de elementos para poder advertir cuál 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, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro".

Acreditado el incumplimiento de los deberes de información atribuido a la entidad "Banco Popular Español", no cabe duda de que fue esta actuación la que, por acción u omisión, movió a los actores, clientes minoristas de la entidad (doña Leocadia, octogenaria, ama de casa y pensionista, y su hijo, Gabriel, administrativo), a la adquisición de las acciones, bien por canje de las obligaciones subordinadas bien por suscripción directa, y, en suma, a mantener dichos valores hasta su amortización, confiados en la información suministrada por la entidad bancaria. Si los actores mantuvieron la titularidad de las acciones, tanto de las procedentes del canje como de las que suscribieron vía ejercicio del derecho de suscripción vía ampliación del capital, fue por la información facilitada por la entidad financiera, aparentando una solvencia y capacidad económica muy distante de la realidad.

En estas condiciones, el perjuicio causalmente derivado del incumplimiento por la entidad bancaria de sus obligaciones legales (arts. 1101 CC, 28 y 35 ter LMV, 38, 124, 208 y 209 TRLMV) puede cabalmente identificarse con el importe de la inversión (a la postre, totalmente perdida) minorado en los dividendos percibidos durante este tiempo.

En conclusión, cabe concluir que la defectuosa información proporcionada por la entidad bancaria en relación a la solvencia y solidez financiera y a las razones de ampliación de capital fue lo que determinó a los demandantes a suscribir y mantener los valores litigiosos, aceptar los canjes y suscribir unas acciones que, en otras condiciones y de haber sabido mínimamente las dificultades económicas de la entidad, no hubieran adquirido, lo que nos sitúa en el incumplimiento determinante de daños y perjuicios. En tal sentido, la sentencia de esta Sección de fecha 10/7/2020 (rollo de apelación núm. 284/2020).

SÉPTIMO. - Por último, se hace obligado precisar que el origen del daño cuyo resarcimiento se reclama no se encuentra en la intervención del Banco Popular Español por la JUR, sino en la información engañosa difundida por el propio Banco en cuanto a su situación financiera. En un sentido similar al señalado en la STS núm. 92/2016, de 3 de febrero, caso Bankia, en la que se indica:

"No hacen falta especiales conocimientos 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 de 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".

Al respecto, en la sentencia de esta Sección, de fecha 3/12/2020, (rollo de apelación núm. 553/2020) se viene a señalar:

"44.- La intervención del Banco por la JUR no es la causa de la pérdida, sino el acto que pone de manifiesto la pérdida, la cual se produce en el mismo momento de la compra de las acciones, preferentes u obligaciones, porque se compran por un precio que se corresponde con la apariencia de solvencia que manifiesta el Banco, pero que ha resultado radicalmente incierta, trasladando una falsa información que ha provocado en el demandante un vicio en el consentimiento, no debiendo padecer el perjuicio que le ha causado.

45.- Aunque no trata directamente la cuestión que ahora nos ocupa y se dicta con anterioridad a la vigencia de la Directiva 2014/59/UE, puede citarse la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, en el asunto C-174/12, en relación con la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el [artículo 48 CE, párrafo segundo], con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. La mencionada sentencia da respuesta a una cuestión prejudicial que tenía como trasfondo fáctico la compra de acciones de una entidad financiera en bolsa que había publicado una información no veraz sobre su situación financiera, a raíz de lo cual, el inversor ejercita una acción de nulidad respecto de tal adquisición.

46.- La mencionada sentencia señala que las Directivas aprobadas para proteger el capital social no se oponen al derecho del inversor a ser indemnizado, de modo que la sociedad emisora está obligada a reembolsarle el precio de adquisición de las acciones y hacerse cargo de éstas:

"28 De ello se infiere que, como sostienen el Sr. Eloy, los Gobiernos austriaco y portugués, y la Comisión Europea, las disposiciones controvertidas de la Segunda Directiva no pueden oponerse a una normativa nacional que consagra el principio de la responsabilidad de las sociedades emisoras por la divulgación de información inexacta con infracción de la legislación relativa al mercado de capitales y que establece que, como consecuencia de esa responsabilidad, dichas sociedades están obligadas a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

29 En efecto, en tal supuesto, la responsabilidad de la sociedad de que se trate frente a los inversores -que también son sus accionistas-, como consecuencia de las irregularidades cometidas por dicha sociedad con anterioridad a la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas, no dimana del contrato de sociedad ni se refiere únicamente a las relaciones internas en el seno de dicha sociedad. Se trata, en ese caso, de una responsabilidad que procede del contrato de adquisición de acciones."

47.- Es de interés, pues nos sitúa en la posición del accionista, no como tal, sino como inversor, de forma que el hecho causante del daño es una información falsa o no veraz que se produce antes de adquirir la condición de accionista.

48.- En tal situación, la acción ejercitada por el actor no es incompatible ni resulta prohibida por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que viene a sustituir a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, con la finalidad de adaptar la legislación nacional a la Directiva 2014/59/UE, aun cuando ya la Ley 9/2012 había tenido en cuenta las iniciativas en el marco de la Unión Europea cuyo fruto fue la mencionada Directiva.

49.- La Ley 11/2015, de 18 de junio, establece en su Preámbulo:

" (...) como cuarto principio que sustenta la ley, se afronta la necesidad de que todo el esquema de resolución de entidades descansa de manera creíble en una asunción de costes que no sobrepase los límites de la propia industria financiera. Es decir, los recursos públicos y de los ciudadanos no pueden verse afectados durante el proceso de resolución de una entidad, sino que son los accionistas y acreedores, o en su caso la industria, quienes deben asumir las pérdidas. Para ello es imprescindible definir los recursos que se utilizarán para financiar los costes de un procedimiento de resolución, que en ocasiones son enormemente elevados. Esta Ley, en línea con lo establecido en los países de nuestro entorno, diseña tanto los mecanismos internos de absorción de pérdidas por los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, como, alternativamente, la constitución de un fondo de resolución financiado por la propia industria financiera."

50.- Es decir, el coste de la reestructuración o resolución recaerá sobre los accionistas y acreedores en función del instrumento de resolución que se elija según el caso. Será en la aplicación de dicho instrumento de resolución respecto del que no existirá ningún derecho de indemnización, pero ello no debe privar necesariamente del ejercicio de otro tipo de acciones que no tienen su fundamento en estos instrumentos de resolución de crisis de entidades financieras.

51.- Así puede interpretarse el art. 37.2 b) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, cuando en supuestos de amortización o conversión de instrumentos de capital, que puede ser una medida independiente de cualquier otra medida de resolución o realizada de forma conjunta, dispone:

" En caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes: (...)

- a. En relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de una obligación ya devengada o de una obligación resultante de los daños y perjuicios surgidos como consecuencia de la sentencia que resuelva el recurso contra el ejercicio de la competencia de amortización y conversión de los instrumentos de capital o de la recapitalización interna, todo ello sin perjuicio de la aplicación a dicho titular de lo dispuesto en el artículo 39.3."

52.- Y el art. 39 del mismo texto legal, que recoge las reglas para la amortización o conversión de los instrumentos de capital, prevé en su apartado 2 b) que, cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital:

" No subsistirá ninguna obligación frente al titular de los instrumentos de capital respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización."

53.- En otras palabras, hay excepciones a la pérdida de derechos, subsistiendo cuando menos las obligaciones ya devengadas. Nótese que, además, en el supuesto enjuiciado se ejercita la acción, ni tanto en cuanto accionista, sino como inversor, situación previa y en la que se produce, según la parte demandante, el hecho generador de la nulidad que se postula. Acción totalmente ajena a los instrumentos de resolución de la Ley 11/2015, para dar solución a las situaciones de dificultad en la que se pueden encontrar las entidades de crédito o las empresas de servicios de inversión".

En atención a las anteriores consideraciones, procede el acogimiento del recurso de apelación interpuesto por los actores, con la consiguiente estimación de la demanda. En el sentido de estimar procedente la declaración de responsabilidad de la entidad bancaria demandada al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por los actores por la pérdida de su inversión en la adquisición de las acciones del "Banco Popular Español S.A.", con condena de la demandada al abono a los actores de la cantidad de 15988,37 euros, menos los dividendos si hubieran existido, cantidad que se incrementará con el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda.

OCTAVO .- Dada la estimación del recurso de apelación, que conlleva la estimación de la demanda, las costas procesales de la primera instancia se imponen a la entidad bancaria demandada, sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada (arts. 394-1 y 398-2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación y se revoca la sentencia de instancia impugnada, y, en consecuencia, se estima la demanda interpuesta por doña Leocadia y don Gabriel contra la entidad "Banco Santander S.a.", y se condena a dicha entidad bancaria demandada a que abone a los actores la cantidad de 15988,37 euros, menos los dividendos si hubieran existido, suma que se incrementará con el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda; todo ello con expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia a la parte demandada y sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada.

Hágase devolución a los actores recurrentes del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

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

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

S E N T E N Z A N.º 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 operaci3n como esta, de adquisici3n de acci3ns, se ben 3 certo que a consumaci3n contratual prod3xose no intre das compras, ao realizarse as correspondentes e rec3procas prestaci3ns entre as partes, da entrega das acci3ns e do pagamento do prezo, a sa3da do erro inicialmente padecido -erro que damos por acreditado, como logo veremos- prod3xose en cambio tempo despois, de tal maneira que dende este novo punto referencial a acci3n non estar3a caducada.

Concretando ainda m3is o intre de referencia para o comezo da conta do prazo de catro anos, o mesmo debemos atopalo, non na fluctuaci3n, 3 baixa ou 3 alza, das acci3ns, sen3n cando o demandante coñece a situaci3n real e desfavorable da entidade emisora dos t3tulos. Por decilo doutro xeito, o erro non se produce ao intre da celebraci3n do contrato, nin nos intres posteriores, de oscilaci3ns de valor das acci3ns, pois este fen3meno oscilante 3 algo connatural a este tipo de operaci3ns, 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 ampliaci3n de capital e oferta das acci3ns, confunde ao cliente e ind3celle razoable e confiadamente a un investimento carecente de soporte econ3mico real, pois a situaci3n do Banco emisor

non era tan pracenteira como se noticiaba. O erro prov3n da falta de informaci3n da situaci3n certa, que por postularse moito m3is favorable que a existente, moveu o consentimento do subscritor, quen descubri3u o desviado comportamento da entidade bancaria co paso do tempo.

Como reseña a sentenza do Tribunal Supremo de 9 de xuño de 2017 o d3a inicial do c3mputo do prazo de caducidade prod3cese 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 id3nticos 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 acci3ns, resultan aplicables en canto que proclaman como dies a quo, sempre e sen excepci3ns, a sa3da do erro, que neste suposto recae sobre a situaci3n econ3mica da entidade bancaria emisora das acci3ns.

O relevante 3 ent3n o coñecemento, ora do produto -non 3 o caso pois as acci3ns non son productos complexos-, ora da operaci3n -neste suposto a ampliaci3n de capital coa emisi3n das acci3ns-, cos seus respectivos riscos. Faise preciso, por tanto, examinar cada caso concreto pois, reiter3molo, o importante 3 que a persoa que padeceu o erro estea en condici3ns de coñecer que incurri3u 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, despreciando 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 reconece -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 financieira 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 anticípase 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 debiera 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 elexindo 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 reexpressión 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 incumplido 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 difícilmente 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 limítase 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 subscritores 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 financeira 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 rendibilidade 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: JOSE FERRER GONZALEZ

Número de Recurso: 416/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 514/2020

Fecha de Resolución: 1 de Diciembre de 2020

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 6ª

Id. vLex VLEX-857338778

Link: <https://app.vlex.com/#vid/857338778>

Original

MATRIMONIO

Texto

Contenidos

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

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00514/2020

Modelo: N30090

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

Teléfono: 986817388-986817389 Fax: 986817387

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

Equipo/usuario: MB

N.I.G. 36057 42 1 2019 0007991

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000416 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de VIGO

Procedimiento de origen: JVB JUICIO VERBAL 0000564 /2019

Recurrente: Joaquina

Procurador: MARTA ROBES CABALEIRO

Abogado: RICARDO MANUEL GOMEZ LOUREDA

Recurrido: BANCO SANTANDER SA

Procurador: JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL

Abogado: JAVIER ORTEGA PEREZ

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, constituida en Tribunal unipersonal por el Ilmo. MAGISTRADO D. JOSE FERRER GONZALEZ, ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 514/20

En VIGO, a uno de diciembre de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de JUICIO VERBAL 0000564/2019, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000416/2020, en los que aparece como parte apelante, Joaquina, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARTA ROBES CABALEIRO, asistido por el Abogado D. RICARDO MANUEL GOMEZ LOUREDA, y como parte apelada, BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JESUS ANTONIO GONZALEZ-PUELLES CASAL, asistido por el Abogado D. JAVIER ORTEGA PEREZ, siendo el Magistrado Ponente - constituido como órgano unipersonal - el Ilmo. Sr. D. JOSÉ FERRER GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El litigio en primera instancia.

1 La representación procesal de doña Joaquina interpuso demanda frente a Banco Santander S.A. en la que terminó por solicitar la nulidad por error en el consentimiento del contrato de suscripción de acciones del Banco Popular Español S.A. de fecha 26 de noviembre de 2012 por importe de 2493,82 euros y del contrato de suscripción de acciones de fecha dos de junio de 2016 por importe 926,25 euros, condenando a la demandada a reintegrarle las cantidades abonadas con los intereses legales debiendo restituir a la entidad bancaria rendimientos percibidos con sus intereses legales; subsidiariamente instó la resolución de ambos contratos.

2 La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número Tres, que incoó el Juicio Verbal 564/2019.

3 La representación procesal de Banco Santander S.A. solicitó la desestimación de la demanda.

4 El Magistrado Juez dictó sentencia de fecha 26 de diciembre de 2019 estimando en parte la demanda declarando la nulidad del contrato de adquisición de acciones de fecha 2 de junio de 2016 condenando a ambas partes a restituirse recíprocamente las prestaciones efectuadas.

SEGUNDO

Trámite en segunda instancia.

5 La representación procesal de doña Joaquina recurrió en apelación la sentencia solicitando que se estimara en su totalidad su demanda.

6 La representación procesal de Banco Santander S.A., recurrió en apelación la sentencia solicitando que se desestimara íntegramente la demanda. Y se opuso a la estimación del recurso formulado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Controversia en segunda instancia.

7 En la sentencia dictada en primera instancia, se desestima la pretensión del demandante para que se declarara la nulidad por vicio del consentimiento de la adquisición de acciones del Banco Popular Español S.A. que había materializado en la ampliación de capital suscrita el día 26 de noviembre de 2012, al estimar que la acción se ejerció cuando había caducado. Al mismo tiempo declara la nulidad de la

adquisición de acciones del Banco Popular suscrita el 2 de junio de 2016, al estimar, en esencia, que en la ampliación de capital toda la información se centraba en lo favorable de la situación de Banco popular y su fortalecimiento tras la operación cuando los hechos revelaron que yo no era así; el déficit de información y su causalidad con la contratación, es evidente que no se acudiría a la ampliación de conocerse la situación real, es claro.

8 En el recurso de la demandante se impugna la apreciación de caducidad de la acción ejercitada respecto la suscripción de acciones en la ampliación de capital del año 2012, alegando, en esencia, en relación al artículo 1301 del Código Civil ha de desplazarse el día de cómputo del plazo de caducidad a la fecha en que resulte evidencia de la falsedad de información, y se añade que el momento en que se evidencia la falsedad de información es a raíz de la intervención en junio 2017 en que empiezan a publicarse datos económicos ocultos durante años y que determina la falsedad del folleto informativo de noviembre de 2012..

9 La entidad bancaria demandada impugnó la nulidad de la suscripción de acciones de la ampliación del año 2016 alegando, en esencia, que no existe en el procedimiento ninguna prueba que permita concluir que los estados financieros publicados por Banco Popular y recogidos en el folleto de la oferta pública de suscripción no reflejaban la imagen fiel de la entidad, añadiendo que la sentencia apelada hace caso omiso el informe pericial aportado por esta representación en el que se analizan las concretas circunstancias que se produjeron durante el segundo semestre del ejercicio 2016 y que fueron las que originan las desviaciones en el resultado del ejercicio 2016 respecto a las previsiones contenidas en el folleto de las acciones.

SEGUNDO

Caducidad.

10 En la sentencia de primera instancia se estima la caducidad de la acción que había alegado la entidad bancaria demandada al entender que el cómputo del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 del código civil habría de iniciarse el día en que se consumó el contrato de compraventa.

11 Ya en nuestra s. A.P. Pontevedra Sección Sexta 64/2020 de 13 de febrero, Rec 762/2019 señalábamos:

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.

12 Razonamientos que reiteramos, entre otras en la s. A.P. Pontevedra Sección Sexta 382/2020 de 17 de septiembre, Rec 243/2020.

13 Con fundamento en los argumentos expuestos no cabe apreciar la caducidad de la acción de anulabilidad del consentimiento al adquirir las acciones en la ampliación de capital del mes de noviembre del año 2012, pues debiendo estimarse que el cómputo del plazo se iniciaba cuando el inversor minorista demandante pudo salir del error en el mes de junio del año 2017, al presentarse la demanda en el mes de junio del año 2109 el plazo de tiempo de cuatro años no había transcurrido. Lo que ha de llevar a que haya de examinarse la estimabilidad de la acción anulatoria ejercitada con carácter principal en la demanda.

SEGUNDO

Valoración de la prueba.

14 La nueva valoración del material probatorio aportado al proceso que habrá de realizarse en atención al objeto del recurso planteado por la parte demandante y por la parte demandada, a cuyo efecto ya desde ahora ha de señalarse que carecía de relevancia la prueba solicitada en segunda instancia pues cabía valorar el informe pericial propuesto por la actora sin necesidad de que fuese ratificado o aclarado pues no se impugnó su autoría. Valoración que resulta posible en atención a lo dispuesto en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habrá de comenzar por reseñar aquellos hechos que aparecen acreditados por los documentos aportados al proceso y resultan relevantes para resolver las cuestiones planteadas:

- Banco Popular Español S.A. era una entidad de crédito fundada en el año 1926.
- El día 12 de noviembre de 2012 Banco Popular remitió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la documentación necesaria para llevar a cabo una ampliación de capital por importe de 2500 millones de euros. Entre la documentación se adjuntaba la denominada nota sobre las acciones relativa al aumento de capital con derecho de suscripción preferente de Banco Popular Español S.A.. En el resumen de la Nota constaban, entre otras, las siguiente informaciones :

.....

Política de Dividendos

.....

Banco Popular ha adaptado su política de retribución al accionista para adecuarla a las nuevas exigencias de capitalización y, en consecuencia, ha suspendido el abono del dividendo previsto para el mes de octubre de 2012.

Banco Popular espera reanudar su política de pago de dividendos tan pronto se obtengan Resultados Consolidados Trimestrales positivos y éstos sean verificados

por los auditores externos. Para el ejercicio 2013 se prevé un pay-out aproximado del 50%.

.....

Información fundamental sobre los principales riesgos específicos del Emisor.

Antes de adoptar la decisión de suscribir el Aumento de Capital objeto del presente Folleto, sus titulares deberán tener en cuenta, entre otros, los riesgos que se enumeran en el Documento de Registro de Banco Popular inscrito en los registros oficiales de la CNMV el 11 de octubre de 2012 así como los adicionales que a continuación se mencionan en relación con el Emisor y su sector de actividad y en relación con las Acciones Nuevas que se ofrecen al amparo de la presente Nota sobre las Acciones. Los principales riesgos específicos del Emisor y su sector de actividad son los siguientes:

Riesgos asociados al marco regulatorio: modificación de los requerimientos de capital y saneamientos Impacto de las principales medidas sobre reforma del sistema financiero

El sector bancario español viene conociendo, desde hace tiempo (i) unos crecientes requerimientos de solvencia y saneamientos crediticios, a través de distintas normas, entre ellas y señaladamente: el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero y el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo (sustituido hoy por la Ley 8/2012, de 30 de octubre), y (ii) sucesivos ejercicios y pruebas de esfuerzo ("stress

tests") realizados por las autoridades nacionales o europeas. En el mes de junio de 2012, el Gobierno español solicitó y obtuvo la asistencia del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera mediante una línea de crédito por un máximo de 100.000 millones de euros, cuyo destino exclusivo será la atención de las necesidades generadas por la recapitalización del sector financiero. La línea de crédito viene

acompañada de una serie de condiciones de política económica que, dada la finalidad exclusiva citada, en el caso de España se limitan a política sectorial financiera, recogidas en un Memorando de Entendimiento (Memorandum of Understanding - "MoU") suscrito el 20 de julio de 2012. Entre dichas condiciones se encontraba la realización de un ejercicio de evaluación o prueba de esfuerzo ("stress test") sobre los 14 grupos bancarios españoles más importantes, ejercicio que fue realizado por la firma Oliver Wyman.

Las pruebas realizadas por Oliver Wyman conforme a las exigencias del MoU han tenido en cuenta la información de la cartera crediticia en España, los activos inmobiliarios y planes de negocio de cada una de las entidades. Las pruebas ofrecen resultados en dos escenarios: escenario base -en el que las entidades deberían disponer de una ratio de core capital del 9%- y escenario adverso -en el que las entidades deberían disponer, al menos, de un 6% de core capital sobre activos ponderados por riesgo. El escenario adverso tiene en consideración una hipotética situación macroeconómica en los años 2012 a 2014 muy adversa, con una probabilidad de ocurrencia de menos del 1%.

El pasado 28 de septiembre Banco de España publicó los resultados de las pruebas de esfuerzo, que en caso de Banco Popular ofrecieron (i) un exceso de capital de 677 millones de euros en el "escenario base", y (ii) un déficit de capital de 3.223 millones en el "escenario adverso".

A la vista de estos resultados, el Consejo de Administración de Banco Popular, remitió al Banco de España un Plan de Recapitalización (cuyas líneas maestras habían sido incluidas en un Plan de Negocio, aprobado por el Consejo de Administración el 30 de septiembre y comunicado como Hecho Relevante el 1 de octubre). El Banco de España aprobó con fecha 31 de octubre de 2012 el Plan de Recapitalización. El regulador llegó a la conclusión, compartida por los servicios de la Comisión Europea, que Banco Popular será capaz de cubrir las necesidades de capital por sus propios medios, quedando integrado en el Grupo 3 (por tener necesidades de capital superiores al 2 por 100 de activos ponderados por riesgo).

En el documento remitido al Banco de España para la aprobación del Plan de Recapitalización, se recogían los aspectos más relevantes del Plan de Negocio mencionado, que son las que se señalan a continuación:

Realizar antes del 31 diciembre de 2012 un aumento de capital con derecho de suscripción preferente para los accionistas actuales, por un importe de hasta 2.500 millones de euros.

Realizar saneamientos y provisiones que se considerarán incurridas, una vez acontezcan determinados eventos adversos, por aproximadamente 9.300 millones de euros antes del 31 de diciembre de 2012 (3.300 millones de euros contra reservas y 6.000 millones de euros vía cuenta de resultados), los cuales incluyen 7.659 millones de euros en relación con la exposición al sector inmobiliario y de la construcción requeridos por los RD L 2/2012 y 18/2012. Al 30 de septiembre de 2012, el Grupo había reconocido 3.845 millones de euros (aproximadamente el 41,3% del total), de los cuales 2.573 millones de euros se realizaron contra reservas y 1.272 millones de euros vía cuenta de resultados. Incluidos en los 3.845 millones de euros, se han reconocido 2.753 millones de euros (un 35,9%) de las provisiones requeridas relacionadas con el sector inmobiliario y de la construcción, de los cuales 2.403 millones de euros se realizaron contra reservas y 350 millones de euros vía cuenta de resultados. Las dotaciones que se estima realizar contra la Cuenta de pérdidas y ganancias podrían derivar en un resultado negativo estimado de 2.300 millones al cierre del presente ejercicio.

A través del Grupo inmobiliario de Banco Popular (Aliseda), conseguir una mejor gestión de los activos problemáticos, más coordinada, que facilite la venta de los activos adjudicados, así como la gestión de morosos.

Las medidas anteriores, junto con la venta de determinados activos no estratégicos, ciertas operaciones de gestión de Balance y otras posibles medidas, se estiman suficientes para cubrir las necesidades de capital señaladas en el ejercicio de Oliver Wyman en su escenario adverso antes del 31 de diciembre de 2012 y permitirían cumplir con la normativa de Recursos Propios nacional y europea.

En el supuesto de que las medidas señaladas no permitiesen paliar el déficit de capital antes de la citada fecha, se exigiría (como medida precautoria aplicable a

todos los bancos del Grupo 3) la emisión de bonos convertibles contingentes ("COCOs") antes de 31 de diciembre de 2012. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria ("FROB") suscribiría dichos bonos, que podrían recomprarse hasta el 30 de junio de 2013 si Banco Popular lograra paliar el déficit de capital por sus propios medios. En caso contrario, sería recapitalizado mediante la conversión total o parcial de los bonos en acciones ordinarias. En dicho caso, Banco Popular debería presentar un plan de reestructuración con las consecuencias previstas en el Real Decreto Ley 24/2012. En todo caso, debe señalarse que la eventual suscripción de COCOs por el FROB, incluso en el supuesto de que tenga un carácter de mera precaución y no se esperaran problemas para su reembolso antes del 30 de junio de 2013, podría venir acompañada de condiciones con incidencia en el desenvolvimiento de los negocios del Banco u otras restricciones.

.....

- El día 26 de mayo de 2016 Banco Popular remitió a la Comisión Nacional del Mercado de valores la documentación necesaria para llevar a cabo una ampliación de capital por importe de 2500 millones de euros. Entre la documentación se adjuntaba la denominada nota sobre las acciones y resumen relativos al aumento de capital con derecho preferente de suscripción de Banco Popular Español S.A., que incorporaba los estados financieros intermedios resumidos y consolidados correspondientes al trimestre cerrado el 31 de marzo de 2016. En el resumen de la Nota constaban, entre otras, las siguiente informaciones :

.....

ADVERTENCIA IMPORTANTE

Banco Popular considera que merece especial atención la siguiente información importante en relación con el Aumento de Capital.

Incertidumbres que pudieran afectar a los niveles de cobertura

El Banco estima que durante lo que resta de 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. Entre estos factores destacamos, por su relevancia, los siguientes: (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 tanto 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.

Este escenario de incertidumbre, junto a las características de las exposiciones del Grupo, 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 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en el ejercicio 2016, 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. El Banco 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. El Banco ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018.

.....

A continuación se muestran las principales magnitudes de solvencia y gestión del riesgo del Grupo Banco Popular:

SOLVENCIA

(Datos en miles de €)

1T16 2015 2014 2013

Capital 8.829.021 8.831.237 8.179.516 7.353.348

Reservas 3.827.207 3.949.369 3.977.330 3.910.597

Minoritarios 6.533 9.502 1 3.573 43.944

Deducciones -3.129.029 -2.815.361 -2.979.280 -3.752.938

Capital de nivel 1 ordinario 9.533.732 9.974.747 9.191.139 9.404.025

Ratio CET 11 12,71% 13,11% 11,50% 11,18%

Capital de nivel 1 9.533.732 9.974.748 9.191.139 9.404.025

Ratio Tier 12 12,71% 13,11% 11,50% 11,18%

Fondos propios 10.052.958 10.520.872 9.557.230 9.766.186

Ratio total de capital (%) 13,40% 13,83% 11,96% 11,61%

Activos totales ponderados por riesgo 75.036.286 76.087.403 79.939.492 84.109.436

.....

- La ampliación de capital fue cubierta en su totalidad perfeccionándose los contratos de suscripción a lo largo del mes de junio del año 2016.

- En las cuentas anuales de Banco Popular Español S.A. correspondientes al año 2016 que se formularon el día 20 de febrero de 2017 se recogían pérdidas por importe de 3.485 millones de euros.

- En fecha 3 de abril de 2017 el Banco Popular realizó una comunicación de hecho relevante a la CNMV

Banco Popular Español, S.A. comunica que el Consejo de Administración ha venido siendo informado en los últimos días de la revisión que el departamento de Auditoría Interna, en el ejercicio de sus funciones, está realizando de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de

mayo de 2016.

El Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Auditoría y a la vista de la opinión de los auditores externos, ha considerado que, con la información de la que dispone la entidad a día de hoy, las circunstancias puestas de manifiesto no representan, por sí solas ni en su conjunto, un impacto significativo en las cuentas anuales de la entidad a 31 de diciembre de 2016 y no justifican, por tanto, una reformulación de éstas. Se adjunta copia de la comunicación recibida del auditor externo.

Se resumen a continuación las circunstancias fundamentales objeto de análisis (cantidades brutas, sin considerar efecto impositivo):

- 1) insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, que afectarían a los resultados de 2016 (y, por ello, al patrimonio neto) 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 que, estimada estadísticamente, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros;
- 3) posible obligación de dar de baja alguna de las garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente, 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aún no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones;
- 4) 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, si se verificara, 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 estadística del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de este análisis de 426 millones de euros.

El análisis preliminar indica que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de ejercicios anteriores a 2015 y tendría, por ello, escaso impacto en los resultados del ejercicio 2016, aunque sí afectaría al patrimonio neto.

- En la sesión ejecutiva celebrada el día 7 de junio de 2017 la Junta Única de Resolución adoptó la Decisión de someter al Banco Popular Español S.A., entidad matriz del Grupo Banco Popular a resolución al estimar que concurría el supuesto previsto en el artículo 18.1 del Reglamento (UE) n °806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014 , por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución.

- En la Decisión de 7 de junio de 2017, constan los siguientes considerandos:

.....

2.2.2 Plan de resolución

19) El día 5 de diciembre de 2016, la JUR en su Sesión Ejecutiva adoptó la versión 2016 del plan de resolución para el Grupo. En el plan de resolución, la JUR estableció que la liquidación del grupo bajo procedimientos de insolvencia normales no es adecuada, dado el impacto adverso que la liquidación del grupo habría de tener en la economía y el sistema financiero español.

.....

- El instrumento de resolución a aplicar a las entidades del grupo que se disponía en el acuerdo de la JUR se concretaba en la venta de la entidad previa amortización y conversión de todos los instrumentos de su capital. En ejecución de lo dispuesto se procedió a la amortización de 4.196.858.092 de acciones que tenían valor nominal de 2.098.429.046 euros, la conversión de acciones y posterior amortización de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 (obligaciones contingentes convertibles), la conversión en acciones de nueva emisión de los instrumentos de capital de nivel 2 (obligaciones subordinadas).

- El mismo día 7 de junio de 2017 la totalidad de las nuevas acciones de la entidad Banco Popular Español S.A. fueron vendidas al Banco Santander S.A. por 1 euro.

15 Conforme a la información que se proporcionaba en la nota del folleto el inversor que acudía a la ampliación de capital del año 2012 podía legítimamente confiar en que adquiriría una parte de una sociedad que, aunque había sido objeto de requerimiento para ampliar su capital y para saneamientos, no presentaba problemas de solvencia ni de continuidad en su negocio bancario, y que, aun cuando no repartiese beneficios se preveía su reparto en el ejercicio del año 2013. Resultó, sin embargo, que la sociedad no pudo continuar con el negocio bancario ni aún después de acudir de nuevo al mercado para financiarse mediante un aumento de capital de otros 2.500.000.000 euros en el año 2016.

16 Conforme a la información que se proporcionaba en la nota del folleto, el inversor que acudía a la ampliación del año 2016 adquiriría una parte de una sociedad que tenía unos fondos propios de 10.052.958.000 euros, que podría llegar a sufrir pérdidas en el ejercicio que podrían alcanzar los 2.000.000.000 de euros pero que, en todo caso, serían absorbidas por el aumento de capital, y que aunque no repartiera dividendos del ejercicio se preveía la vuelta a la remuneración en el ejercicio 2017 o 2018.

17 Resultó, sin embargo, no sólo que en el ejercicio de 2016 el Banco Popular Español S.A. presentó pérdidas por importe de 3.485 millones de euros sino que, se encontraba en una situación de crisis económica que en el mes de junio del año siguiente determinó la resolución de la entidad mediante la amortización de la totalidad sus acciones emitiéndose otras nuevas por un valor total de 1 euro por el que fue vendida a otra entidad bancaria.

18 La mera consideración de la secuencia de acontecimientos no es suficiente para poder concluir, conforme a las reglas de la lógica y de la razón (artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), si la información sobre la situación económica de la entidad bancaria y su previsión de futuro de la que se daba cuenta en las notas de

los folletos de la emisión del año 2012 y del 2016 que se proporcionó a los suscriptores de los aumentos de capital era o no veraz. Faltaría considerar, como premisa fáctica, el evento o eventos económicos que, a pesar de haberse financiado mediante ampliaciones de capital con 5.000.000.000 de euros entre diciembre de 2012 y junio de 2016, hubieran llevado a las pérdidas en el ejercicio de 2016 y finalmente a la resolución de la entidad bancaria, con determinación de su carácter exógenos a las decisiones de la entidad y de su producción anterior o posterior a las ofertas públicas de suscripción de acciones.

19 Las reglas de distribución de la carga probatoria tienen como norma de cierre la que contempla la disponibilidad o proximidad con la fuente de prueba (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Los hechos a probar, los eventos económicos que llevaron a la resolución, o bien hubieron de corresponderse con actos realizados por la entidad bancaria al desenvolver su negocio o bien, de tratarse de actos de terceros, debieron encontrar reflejo en sus registros contables. Se trataba, por tanto, de hechos de los que la entidad demandada en este proceso hubo de conocer y a cuya disposición deberían estar los documentos contables que deberían haberlos reflejado, por lo que, con arreglo al criterio disponibilidad, era a ella a quien correspondía la carga procesal de su prueba.

20 Una precisión más sobre la objeto de la prueba. La resolución del Banco Popular Español S.A. fue consecuencia de un acto administrativo adoptado por una agencia de la Unión Europea (la JUR) respecto del que no se discute su fundamento y adecuación. Por ello, en este proceso, habremos de considerar que la resolución de la entidad bancaria se produjo porque se cumplía el presupuesto objetivo de graves dificultades económicas previsto en el artículo 18.1.a) del Reglamento 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, teniendo en cuenta las precisiones contenidas en el número 4 de la misma norma:

4. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1, letra a), se considerará que un ente tiene graves dificultades o que probablemente va a tenerlas si se produce una o varias de las siguientes circunstancias:

- a. que el ente haya incumplido o existan elementos objetivos que indiquen que incumplirá, en un futuro cercano, los requisitos necesarios para conservar su autorización, de forma tal que resulte justificada su retirada por parte del BCE, incluso, pero sin limitarse a ello, por haber incurrido el ente, o ser probable que incurra, en pérdidas que agoten o mermen significativamente sus fondos propios;
- b. que el activo del ente sea inferior a su pasivo, o existan elementos objetivos que indiquen que lo será en un futuro cercano;

c) que el ente no pueda hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento, o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá en un futuro cercano;

d) que se necesite ayuda financiera pública extraordinaria, excepto cuando, a fin de solventar perturbaciones graves de la economía de un Estado miembro y preservar la estabilidad financiera, esa ayuda financiera pública extraordinaria adopte alguna de las siguientes formas: i) una garantía estatal para respaldar instrumentos de

liquidez concedidos por los bancos centrales de conformidad con las condiciones de los mismos, ii) una garantía estatal de los pasivos de nueva emisión, o iii) una inyección de fondos propios o adquisición de instrumentos de capital a unos precios y en unas condiciones tales que no otorguen ventaja al ente, cuando no concurran, en el momento de la concesión de la ayuda pública, ni las circunstancias a que se refieren las, letras a), b) o c) del presente apartado, ni las circunstancias a que se refiere el artículo 21, apartado 1.

21 Con lo expuesto podemos ahora precisar que la prueba del evento o eventos que han supuesto la resolución de la entidad habría de concretarse en la acreditación de los que hubieran llevado a las graves dificultades económicas por suponer pérdidas que hubieran agotado o mermado significativamente sus fondos propios, por disminuir el activo por debajo del pasivo, por suponer insolvencia, o por haber exigido de ayuda financiera pública extraordinaria.

22 La prueba habría de incluir la acreditación de la adecuada contabilización de los activos morosos y tóxicos en los estados contables aportados para la ampliaciones de capital de diciembre del año 2012 y de junio de 2016, y, en concreto, la justificación de la realidad de la cuantía de la exposición al sector inmobiliario y la construcción que se hizo reflejar en la información sobre el riesgo del emisor incluida en la nota del folleto, pues con el hecho relevante que la entidad bancaria comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de valores el 3 de abril del año 2017 se viene a reconocer que existía un déficit en la dotación de provisiones desde antes del año 2015.

23 La parte demandada aportó un informe pericial elaborado por el Catedrático de economía financiera y contabilidad don Primitivo, et alii, que, en su apartado cuarto, se pronuncia sobre la adopción de la decisión de resolución del Banco popular por las autoridades europeos., en los siguientes términos:

.....

En suma, todas las manifestaciones de los más altos representantes de la Unión Europea y del BCE revela, sin ninguna duda, que la causa que llevó a la JUR a activar el mecanismo de resolución de Banco Popular fue una crisis de liquidez a corto plazo, sobrevenida como consecuencia de la rápida y cuantiosa fuga de depósitos.

Y, efectivamente, así fue. La tabla 1 siguiente deja constancia de la fuga de depósitos y Banco popular; en el mes de mayo la entidad perdió 5420 millones de euros, en los cinco primeros días hábiles del mes de junio de 2017 hasta el día siete en que todo lo hará resolución, las retiradas alcanzaron la suma de 9.323.000.000 euros, esto es, a razón de 1.864.000.000 euros diarios. Resulta evidente que, en cualquier entidad bancaria, tal ritmo de pérdidas de depósitos da lugar en unos pocos días a un problema insostenible de liquidez, por muy solvente que sea.

.....

24 Los informes periciales, y en general los informes técnicos, que tienen como finalidad aportar al proceso elementos de hecho determinados mediante la aplicación de conocimientos científicos (o bien artísticos o prácticos) relevantes para decidir cuestiones de hecho controvertidas, han de ser valorados conforme a

las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), exigencia legal que implica la tarea de determinar el grado de atendibilidad o confiabilidad lógica de las conclusiones de las que se pretende su científicidad o su corrección técnica. En éste sentido recordaba la s. T.S. 532/2009 de 22 de julio: Esta Sala tiene declarado que la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica.

25 La valoración debe abarcar tanto el aspecto subjetivo como el aspecto objetivo de la pericia. Con relación al aspecto subjetivo deberá comprobarse tanto la profesionalidad (la posesión por el perito de una titulación por la que pueda presumirse que posee conocimientos suficientes para dar adecuada respuesta a las cuestiones objeto de la pericia) como la credibilidad subjetiva (la existencia de relaciones con alguna de las partes en el proceso, o de algún tipo de interés personal en su resultado, que puedan afectar a la objetividad de la labor pericial). Con relación al aspecto objetivo o contenido del informe su atendibilidad probatoria dependerá de comprobar que : a) Los hechos o datos en que se apoya aparecen acreditados bien por análisis u observaciones realizadas por el propio perito, , bien por documentos unidos al informe, o bien por otros medios de prueba ya aportados al proceso; b) Las conclusiones presentan coherencia lógica con las razones o fundamentos que se expresan, y con el resultado de otras pruebas .

26 Siendo suficiente la titulación académica del perito para haberse pronunciado, con fundamento técnico, sobre el objeto del informe y no constando hecho alguno del que pudiera resultar su incredibilidad subjetiva, el análisis del informe en su aspecto objetivo nos lleva a realizar las siguientes consideraciones.

27 No puede estimarse que tenga el necesario rigor técnico apelar a las manifestaciones como argumento para tratar de sostener conclusiones propias sobre los problemas de liquidez como causa de la resolución del Banco Popular, pues fuera cuáles fuesen los cargos que ocuparan las personas que las hubiesen realizado no resultarían más que meras opiniones que no tendrían valor ni siquiera como prueba testifical, pues los medios de prueba personales, de interrogatorio de las partes o de testigos, únicamente resultan atendibles en cuanto proporcionen noticia sobre hechos (artículos 301.1 y 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir sobre sucesos que se hayan percibido por alguno de los sentidos corporales; en nuestro derecho carece de fuerza probatoria las meras valoraciones u opiniones sobre las que ni siquiera cabría interrogar. artículos 302.1, 368.2, y 369.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

28 La mera consideración temporal del argumento que se construye sobre la cuantificación de las salidas de depósitos de clientes en los meses de mayo y junio del año 2017, lleva a estimar que carece de valor explicativo de la situación económica del Banco Popular del año 2016 que había dado lugar a que la JUR hubiera ya adoptado el día 5 de diciembre del año 2016 el plan de resolución del

Grupo (hecho este del que se da cuenta como más arriba expusimos, en la misma Decisión de 7 de junio de 2017).

29 En el informe pericial que aportó la demandada no se tiene en consideración que aunque la decisión de resolver el Banco Popular se hubiera formalizado el día 7 de junio de 2017, la situación económica que habría dado lugar a la resolución de la entidad era previa, al menos, al día 5 de diciembre de 2016 pues en tal fecha la JUR ya había aprobado el plan de resolución, lo que suponía que en tal momento la entidad bancaria también presentaba pérdidas que habían agotado o mermado significativamente los fondos propios, o su activo era inferior a su pasivo, o se encontraba en situación de insolvencia, o existían elementos de juicio para estimar la probabilidad razonable de que alguna de tales situaciones se produciría en un futuro próximo (pues alguna de tales situaciones, en ausencia de alegación siquiera de que la entidad hubiese recibido ayudas públicas extraordinarias, serían la únicas que legalmente justificarían la adopción del plan de resolución). El análisis económico de la situación del Banco Popular era, por ello, incompleto, por lo que estimamos que no es atendible la conclusión pericial en relación a la causa económica que determinó la resolución de la entidad.

30 Ni mediante el informe pericial, ni mediante otro elemento de prueba que la demandada haya aportado al proceso, aparece acreditado cuál hubiera sido el evento o eventos económicos exógenos a las propias decisiones de la entidad que hubieran dado lugar a la situación de grave crisis económica, o de probabilidad de padecerla, en la que el Banco Popular Español ya se encontraba el 5 de diciembre del año 2016, que llevó finalmente a su resolución.

31 En el informe pericial no se lleva a cabo una verificación de la fiabilidad de la información contable aportada a las ampliaciones de capital de los años 2012 y 2016 en relación a la cuantificación de los riesgos dudosos y a las dotaciones para su cobertura (lo que hubiera debido hacerse valorando la congruencia entre los registros contables de la entidad y su soporte documental); verificación que resultaba necesaria por cuanto, como ya hemos visto, en la comunicación de hecho relevante realizada por la entidad de fecha 3 de abril del año 2017 se venía a reconocer que existía un déficit en la dotación de provisiones desde antes del año 2015. Sin que a efectos de dicha verificación pueda considerarse aprobatoriamente atendible el informe de procedimientos acordados emitido por KPMG asesores S.L. de fecha 29 de septiembre de 2016 sobre metodología proceso de dotación de provisiones por deterioro de cartera crediticia y activos adjudicados atenciones diciembre 2015 y 31 de marzo de 2016, por cuanto en el mismo informe, que se aporta como anexo al informe del perito de la demandada, sus autores expresan que el destinatario del informe es responsable de la suficiencia de los procedimientos llevados a cabo para los propósitos perseguidos, y se añade que no asumimos responsabilidad alguna sobre la suficiencia de los procedimientos que hemos aplicado, con la que los autores informantes están dejando constancia de que, de haberse aplicado otros procedimientos de comprobación que en técnica contable hubieran resultado adecuados, sus conclusiones evaluativas podrían haber tenido distinto signo.

32 En el mes de diciembre del año 2016 el Banco Popular no sólo tenía unas pérdidas superiores a las que se preveían en la Nota del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones realizada seis meses antes sino que su situación económica presentaba tal deterioro que pocos meses después dio lugar a su resolución, sin que la entidad bancaria hubiese acreditado que la grave crisis económica se debiera únicamente a eventos acaecidos después de la oferta pública. Si tenemos en cuenta que la grave crisis económica, o la probabilidad de estarlo en un futuro próximo, derivaba de una situación (pérdidas significativas, inferioridad del activo al pasivo, o insolvencia) de la que no se daba cuenta, siquiera como riesgo, en la información económica que se proporcionaba en la nota del folleto tal hecho permitiría fundamentar un juicio de probabilidad de que esta información no reflejaba la realidad económica de la entidad en el momento en que se proporcionó. Tal probabilidad desplazaba a la entidad bancaria la carga de probar que la información económica proporcionada en la nota del folleto respondía, de manera realista, a su activo y pasivo y a los riesgos e incertidumbres que pudieran afectar a su valor y, por ende, a su actividad futura, considerando, además que tal carga se acomodaba al principio de disponibilidad y facilidad probatoria pues en su poder se encuentran los documentos contables que la habrían hecho posible (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

33 Dispone el artículo 37.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores: 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.

34 Conforme a lo dispuesto en la norma transcrita, la información que ha de proporcionar el folleto no sólo debe permitir al inversor conocer la situación económica del emisor al momento de la emisión (su activo y su pasivo, su situación financiera y sus beneficios o pérdidas) sino también sus perspectivas, es decir, las contingencias que puedan preverse en el curso futuro del negocio. La interpretación de la norma sus propios términos (artículo 3.1 del Código Civil) supone que la información del folleto no podrá limitarse a proporcionar el valor contable del activo y del pasivo del emisor, sino que, cuando existan riesgos o incertidumbres significativos deberá, además, informar de la concreta repercusión en los valores afectados por la situación y en el desarrollo futuro del negocio. En suma, el folleto ha de informar de la realidad económica de la entidad al momento en que realice la oferta pública de suscripción.

35 La entidad bancaria demandada no acreditó pericialmente que la información económica de las notas de los folletos de las ampliaciones de 2012 y 2016 respondía, de manera realista, a su activo y pasivo y a los riesgos e incertidumbres que pudieran afectar a su valor. El informe pericial que aportó con su escrito de contestación a la demanda no se pronuncia de manera expresa sobre tal extremo (en su apartado 1.2, al determinar el alcance del dictamen, se indicaba como únicas finalidades la evaluación crítica del informe pericial aportado por la demandante, y la adecuación de la información contable al marco normativo de información

financiera). Y la ausencia de tal verificación de la información contable no puede entenderse sustituida por los análisis que se contenían en los informes de auditoría en relación a las cuentas anuales de los ejercicios 2015 y 2016 y de los estados financieros intermedios resumidos del primer trimestre de 2016 y 2017 realizados por la entidad Pricewaterhousecoopers, por cuanto habrían tenido un objeto distinto, cual era la comprobación de los estados contables de la entidad (artículo 268 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital [Ver]), sin que fuera su finalidad pronunciarse sobre la información proporcionada en el folleto y su adecuación a los riesgos e incertidumbres presentes en la real situación económica de la entidad en el momento de la emisión.

36 A lo que únicamente ha de añadirse que la aprobación de los folletos que en su día realizó la Comisión Nacional del Mercado de valores carece de relevancia a efectos de valorar la adecuación a la realidad económica de la entidad de la información suministrada en las notas, pues legalmente la institución únicamente había de comprobar que el documento era completo, comprensible y contenía información coherente (artículo 24 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos).

37 Las reglas sobre carga de la prueba determinan cuál haya de ser la parte procesal que sufra las consecuencias de la falta de acreditación de un concreto hecho (artículo 217, y, por todas, s. T.S. 361/2001 de 3 Abr. de abril, Rec. 675/1996). Correspondiendo al Banco Santander demandado la carga de haber probado que la información que había proporcionado en las notas de los folletos respondía de manera realista a la situación económica de la entidad bancaria al momento en que cada uno de los documentos se difundieron como parte de la oferta pública de suscripción de acciones, la falta de prueba suponía que procesalmente tal adecuación a la realidad económica no haya existido , con la consecuencia de que ella no pudiera acogerse la alegación de aquella parte de haber proporcionado a los inversores una información veraz.

38 Al mismo resultado probatorio se llega considerando los restantes elementos fácticos ya examinados. Se ha determinado que en la contabilidad del Banco Popular existía un déficit en la dotación de provisiones desde antes del año 2015, y que en el mes de diciembre del año 2016 la entidad se encontraba ya en situación de grave crisis económica, o en riesgo de estarlo en un futuro próximo, que vendría producida por la existencia de pérdidas significativas, por la disminución del activo por debajo del pasivo, o por su insolvencia, y hemos concluido, también, que la entidad bancaria incumplió con la carga procesal de probar el evento o eventos exógenos a las decisiones de la entidad que, acaecidos desde la emisión de los folletos, hubieran dado lugar a aquella situación, con la consecuencia de que, procesalmente, tales eventos no habrían existido. Si la contabilidad de la entidad bancaria presenta un déficit en la dotación de provisiones, y además no existieron eventos intermedios ajenos a las decisiones de la entidad que determinarían la crisis

económica existente en el mes de diciembre del año 2016 resulta lógico inferir esta hubo de producirse por hechos dependientes de decisiones de la entidad anteriores a la publicación tanto del folleto de la emisión del mes de diciembre del año 2012 como de la emisión de junio del año 2016 que en su día se les proporcionó a los inversores (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de lo que concluimos que, tal y como se alegaba en la demanda, la información que se proporcionaba en los folletos no se adecuaba a la situación económica real de la entidad y, por tanto, no era veraz.

TERCERO

Consecuencias de la falta de veracidad de la información de los folletos.

39 El valor presente y futuro del objeto de los contratos de compraventa que se concluyen tras la oferta pública de suscripción, las acciones que se adquieren, se determinará en función de la situación económica del emisor al que la ley, por ello, impone especiales deberes de información (el folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación, dispone el artículo 37.1 del texto refundido la Ley del Mercado de valores). El inversor minorista al que le llega la oferta no cuenta con otra información sobre la verdadera situación económica del emisor que aquella que este le haya proporcionado en el folleto bien acceda directamente al mismo mediante su lectura, bien le alcance la información mediante la que le proporcionan las personas que previamente lo hubieran examinado (medios de comunicación y empleados de la entidad emisora o de la entidad colocadora, en la mayoría de los casos). La información del folleto es en todo caso esencial para la formación de la voluntad de inversor pues, tanto sea éste quien lo lea o reciba la información de la persona que lo haya leído, será la que le proporcione, además de las características del valor ofertado, la imagen o representación de la situación económica del emisor, de manera que pueda adecuadamente valorar, ex ante, el beneficio que podría obtener de la suscripción y también el riesgo de pérdidas que podría suponerle.

40 En el fundamento precedente ya hemos visto que la ley (artículo 37 del texto refundido de la Ley del Mercado de valores) no sólo imponía dar cuenta en el folleto de la situación que resultaría de sus estados contables sino también de las perspectivas del emisor. de las contingencias que puedan preverse en la marcha del negocio, siendo este aspecto el que adquiere mayor relevancia para adecuadamente poder valorar el riesgo de la inversión. Informar de las perspectivas del emisor requiere dar cuenta de aquellos hechos que puedan suponer que la imagen de la entidad que resultaría de la mera consideración de los estados contables no fuese veraz o puedan suponer un riesgo futuro para el negocio, de manera que no puede entenderse que el emisor cumpla con el deber de informar sobre sus perspectivas cuando se limita a indicar de forma genérica los tipos de riesgo para su tipo de actividad sino que precisa de concretar aquellos eventos que, ya producidos pero todavía no causantes de un daño, o de producción previsible puedan llegar a suponer la materialización del riesgo en el futuro. En suma, el deber de información

requiere que el emisor proceda a un atento análisis de su real situación económica y de cuenta de ella al informar en el folleto sobre sus perspectivas.

41 Cuando en el mes de diciembre del año 2012 la demandante acudió a la oferta pública de suscripción realizada por el Banco Popular Español S.A., adquiriendo acciones por un importe total de 2493,82 euros podía confiar, conforme a la información que le proporcionaba la nota del folleto de emisión, en que adquiriría una parte de una sociedad que, aunque había sido objeto de requerimiento para ampliar su capital y para saneamientos, no presentaba problemas de solvencia ni de continuidad en su negocio bancario, y que, aun cuando no repartiese beneficios se preveía su reparto en el ejercicio del año 2013. Cuando acudió a la ampliación de capital del mes de junio del año 2016, adquiriendo acciones por un importe total de 926,25 euros podía confiar, conforme a la información que le proporcionaba la nota del folleto de emisión que estaba adquiriendo una parte de una sociedad que tenía unos fondos propios de 10.052.958.000 euros, que podría llegar tener pérdidas en el ejercicio que podrían alcanzar los 2.000.000.000 de euros pero, en todo caso, serían absorbidas por el aumento de capital, y que aunque no se repartiera dividendos en el ejercicio se preveía la vuelta a la remuneración en el ejercicio 2017 o 2018. Confianza justificada, pues en los folletos no se especificaba evento o situación alguna concreto que pudiera llegar a materializar el riesgo de pérdidas significativas, de desequilibrio entre el activo y el pasivo o de insolvencia.

42 Resultó, sin embargo, que la sociedad no pudo continuar con el negocio bancario ni aún después de acudir de nuevo al mercado para financiarse mediante un aumento de capital de otros 2.500.000.000 euros en el año 2016.

43 Existió, por tanto, una errónea representación del inversor minorista de una característica esencial de aquello que adquiriría, pues afectaba a la viabilidad del negocio en el que participaría y, por ende, al valor de su inversión.

44 El error, además de sustancial, es excusable porque provenía del incumplimiento de un deber legal de información a cargo de la contraparte en el contrato, con la consecuencia jurídica tanto de la nulidad del contrato de adquisición de acciones de diciembre del año 2012 como de la nulidad del contrato de adquisición de acciones de junio de 2016 con arreglo a lo que disponen los artículos 1266 y 1300 del Código Civil.

CUARTO

Costas procesales y depósito para recurrir.

45 La estimación del recurso interpuesto por la parte demandante supone que no haya de realizarse una expresa imposición de las costas causadas por el mismo (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debiendo devolverse el depósito efectuado para recurrir.

46 Al desestimarse la impugnación interpuesta por el Banco Santander S.A. habrán de imponérsele las costas de la segunda instancia por él causadas, en atención a lo

dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La desestimación supone, además, la pérdida del depósito en su día realizado para recurrir (Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

47 Al estimarse íntegramente la demanda, y no concurrir ninguno de los supuestos de exclusión del criterio de vencimiento objetivo, las costas de la misma han de ser impuestas a la parte demandada (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Por lo expuesto, y haciendo uso de la potestad de juzgar que nos confiere el artículo 117 de la Constitución Española.

FALLO

1 Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Joaquina frente a la sentencia de fecha 26 de diciembre de 2019, la cual se revoca en parte, a los efectos de que se incluya la declaración de nulidad de la adquisición de acciones del Banco popular Español S.A. que la demandante realizó mediante orden de fecha 26 de noviembre de 2012, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones condenando a la demandada a devolver a la actor la suma invertida con los intereses legales desde la fecha de adquisición, devolviendo la actora los rendimientos percibidos como los intereses legales desde la fecha de cada percepción, condenando a la demandada al pago de las costas de la primera instancia, y sin realizar un expresa imposición de las costas de segunda instancia causadas por el recurso del actor, con devolución del depósito para recurrir .

2 Desestimar la impugnación interpuesta por la representación procesal de Banco Santander S.A. frente a la sentencia de fecha 16 de enero de 2020, condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas, y a la pérdida del depósito para recurrir.

Contra la presente sentencia no cabe recurso.

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

SAP Pontevedra 545/2020, 17 de Diciembre de 2020

Ponente: JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO

Número de Recurso: 377/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Número de Resolución: 545/2020

Fecha de Resolución: 17 de Diciembre de 2020

Emisor: Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 6ª

Id. vLex VLEX-864886700

Link: <https://app.vlex.com/#vid/864886700>

Texto

Contenidos

- Primeiro
- Segundo
- Terceiro
- Terceiro
- PRIMEIRO
- SEGUNDO
- TERCEIRO
- CUARTO
- QUINTO
- SEXTO
- SÉTIMO
- OITAVO
- NOVENO
- DÉCIMO
- DÉCIMO SEGUNDO
- DÉCIMO TERCEIRO
- DÉCIMO CUARTO
- DÉCIMO QUINTO
- DÉCIMO SEXTO
- DÉCIMO SÉTIMO
- DÉCIMO OITAVO
- DÉCIMO NOVENO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00545/2020

Modelo: N10250

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

Teléfono: 986817388-986817389 Fax: 986817387

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

Equipo/usuario: PL

N.I.G. 36057 42 1 2019 0004134

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000377 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 13 de VIGO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000297 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: GEMMA ALONSO FERNANDEZ

Abogado: JAVIER ORTEGA PEREZ

Recurrido: Herminio, Laura

Procurador: MARIA ROSA MARQUINA TESOURO, MARIA ROSA MARQUINA TESOURO

Abogado: PABLO GUIJARRO RODRIGUEZ, PABLO GUIJARRO RODRIGUEZ

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

D.JAIME CARRERA IBARZÁBAL, D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO E D^a. MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO,

pronunciou

NO NOME DO REI

a seguinte

SENTENZA 545/20

Vigo, dezasete de decembro de dous mil vinte.

VISTOS en grao de apelación, ante a Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra, os autos do xuízo ORDINARIO 297/19 procedentes do Xulgado de 1^a Instancia Núm. 13 de Vigo ós que correspondeu o rolo 377/20, nos que aparece como parte apelante e demandada BANCO SANTANDER S.A., representada pola procuradora D.^a GEMMA ALONSO FERNÁNDEZ e asistida do letrado D. JAVIER ORTEGA PÉREZ, e como parte

contra da que se apela e demandada D. Herminio E D^a Laura, representada pola procuradora D.^a ROSA MARQUINA TESOURO e asistida do letrado D. PABLO GUIJARRO RODRÍGUEZ .

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. 13 de Vigo, con data do 22 de abril de 2020, ditou unha sentenza coa seguinte parte dispositiva:

"ACORDO ACOLLE-LA demanda presentada pola procuradora dos tribunais D^a. María Rosa Marquina Tesouro, en nome e representación de D^a. Laura e D. Herminio, contra a entidade de crédito "BANCO SANTANDER, S.A" e DECLARO a nulidade relativa das subscripcións de accións do "Banco Popular Español, S.A." verificadas polos actores os días 05 de decembro de 2.012 e 20 de xuño de 2.016 e CONDENO á parte demandada a restituir ós demandantes a contía total investida cos xuros legais desde a data dos respectivos investimentos ata a súa total devolución, deducindo de tal

contía os dividendos ou gañancias que foran percibidos polos demandantes derivados da titularidade das accións adquiridas.

Con expresa condena en custas da parte demandante. "

Segundo

O Xulgado de 1ª Instancia Núm. 13 de Vigo, con data do 26 de maio de 2020 ditou Auto Aclaratorio coa seguinte parte dispositiva:

" ACORDO CORRIXI-LA SENTENZA DITADA NO PRESENTE PROCEDEMENTO O DÍA 22 DE ABRIL DE 2.020 de xeito que o segundo parágrafo da parte dispositiva quedará redatado do seguinte xeito: "Con expresa condena en custas da parte demandada".

Terceiro

Contra a dita sentenza a procuradora D.ª GEMMA ALONSO FERNÁNDEZ, en representación do BANCO SANTANDER S.A, presentou un recurso de apelación, que foi admitido 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 12 de novembro de 2020.

Terceiro

Na tramitación desta instancia cumpríronse tódalas prescricións e termos legais.

I. FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO

A sentenza ditada en primeira instancia estima a acción de nulidade dos contratos de compra de accións realizadas polos actores os días 5 de decembro de 2012 e 20 de xuño de 2016, con motivo das operacións de aumento de capital mediante a emisión de accións, emprendidas polo Banco Popular SA neses dous anos. E recorre esta decisión este último cunha liña argumental, que por non ser exactamente coincidente coa da primeira instancia, obríganos facer unha precisión ou advertencia. E é que, así como o argumentario de fondo -moi en resumo, se o folleto informativo reflectaba a

real situación económico financeira da entidade é substancialmente o mesmo, agora, nesta alzada, que o mantido na primeira instancia, verbo da emisión de accións de 2016, non sucede o mesmo no que atinxe á emisión de 2012, caso este no que a parte demandada limitouse argumentar, no escrito de contestación á demanda, como invocación defensiva única, que a acción de nulidade que atinxe a esta última compra estaba caducada. En efecto, se examinamos esmiuzadamente o escrito de contestación colíxese que os razoamentos de fondo do Banco demandado xiran, única e exclusivamente, sobre a segunda das emisións. Xa que logo, e por elementais postulados dispositivo, preclusión e prohibitivo da mutatio libelli, a existencia probatoria sobre se o folleto de 2012 informaba da realidade económica, á sazón, da entidade bancaria, non pode ser igual que con referencia á operación de 2016, na que a hoxe apelante articula, aquí sí, unha serie de alegacións que descoñecemos se serían igualmente invocadas, e cales delas, para aquela primeira emisión. En todo caso, e dado que a forma de actuar o Banco emisor foi esencialmente contexte nas dúas emisións, como veremos, a conclusión que acadamos, e deducida das probas que obran na lite, da insuficiencia informativa, resulta aplicable a unha e outra práctica.

SEGUNDO

Segundo a orde da parte apelante, o primeiro motivo do recurso atinxe á decisión da sentenza ditada en primeira instancia, rexeitadora da excepción de caducidade, invocada polo Banco ao abeiro de artigo 1301 do CC.

O motivo do recurso non pode aceptarse, tanto porque o recurrente obvia a necesidade da concurrencia dos dous presupostos, consumación contractual e superación do erro, aos que deseguido aludimos, como porque desenfoca o obxecto sobre o que recae ese erro, residíndoo na natureza, non complexa, dos títulos comprados,

ou sexa, as accións, e non, como é mester, na falta de información sobre a situación económico financiera da entidade ao tempo da emisión das mesmas.

En efecto, os requisitos de consumación do contrato e de superación do erro inicial son de obrigada concurrencia, de tal xeito que soamente acaecidos os dous a acción podería exercitarse, 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).

Partindo deses postulados, e volcados sobre unha operación como esta, de adquisición de accións, se ben é certo que a consumación contratual prodúxose no intre das compras, no 2012, ao realizarse as correspondentes e recíprocas prestacións entre as partes, da entrega das accións e do pagamento do prezo, a saída do erro inicialmente padecido -erro que damos por acreditado, como logo reseñaremos- prodúxose en cambio tempo despois, de tal maneira que dende este novo punto referencial a acción non estaría 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, senón cando o demandante coñece a situación real e desfavorable da entidade emisora dos títulos. 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 é algo connatural a este tipo de operacións, de compra de valores de rendibilidade variable, senón 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 saída do erro, que neste suposto recae sobre a situación económica da entidade bancaria emisora das accións.

O relevante é entón o coñecemento, ora do produto -non é 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.

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 logo 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. E neste punto cómpre engadir que as informacións suplementarias ao folleto, que a parte demandada alega, nin se acreditan, nin serían suficientes, obviamente, se foran posteriores á emisión e subscripción das accións.

Os demandantes actuaron guiados 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 superaron ese erro cando se enteraron 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 febreiro 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 unipersonal), 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, insistimos, 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

O seguinte motivo de oposición da entidade bancaria demandada á pretensión da parte actora estriba na carencia de lexitimación desta última, dado que non poden exercer a acción quen, como os demandantes, ostentan a condición de socios da entidade cuxas accións adquiren.

A denunciada situación de incompatibilidade entre o exercicio da acción de nulidade de compra de accións do Banco emisor, e a resolución deste último, xa foi abordada por este tribunal de apelación na sentenza de 30 de xuño de 2020, que rexeitaba a invocación.

Citando esta resolución na súa literalidade "9 Se alega en el motivo, en esencia que la supuesta inexactitud u omisión de la información financiera contenida en el documento de registro en ningún caso habilitaría el ejercicio de una acción indemnizatoria por responsabilidad contractual, pues esa información se refería a las obligaciones asumidas con el inversor. 10 El motivo no parece considerar que en la sentencia que se recurre la responsabilidad civil se declara por la información del folleto en los términos previstos en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción vigente a la fecha de la oferta pública de suscripción de las acciones que adquirió el demandante. No procede la aplicación de los artículos 38 y 124 del TRLMV. 11 Como primer argumento indica el recurrente que la normativa de la Ley 11/15 impide a los accionistas perjudicados solicitar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la amortización de sus títulos acordada el 7 de junio de 2017. 12 La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión no regula, en ninguno de sus artículos, la responsabilidad por folleto que se declara en la sentencia que se recurre, por lo que no cabe más que recordar que, en los términos de la sentencia recurrida, responde la demandada por la información falsa o engañosa del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones y no por la mera amortización de estas".

A procedencia da acción de nulidade no contexto substantivo de operación de aumento de capital mediante a emisión de accións aparece polo demáis sancionada pola doutrina do TXEU, ao estimar, dito compendiadamente, que resulta aplicable o principio de especialidade, a teor do cal teñen en consecuencia preferencia as normas do mercado de valores (reguladoras do folleto) sobre as normas societarias. En definitiva, este tribunal establece a preeminencia daquelas primeiras normas, é dicir, que as normas sobre responsabilidade por folleto e por feitos relevantes son *lex specialis* respecto das normas sobre protección do capital para as sociedades cotizadas. Segundo a interpretación do tribunal, o accionista-demandante da responsabilidade por folleto debe ser considerado un terceiro, polo que a súa pretensión non ten causa societatis, de maneira que non lle son de aplicación as normas sobre prohibición de devolución de aportacións sociais. É dicir, os acredores da sociedade non están protexidos ata o punto de que a sociedade non

poida contraer débedas de resarcimento. E iso abre a porta, aínda que a previsión legal pareza apuntar prioritariamente á acción de responsabilidade civil por inexactitude no folleto, á posibilidade da nulidade contractual por vicio do

consentimiento, con efectos ex tunc (arts. 1300e 1303 CC), cando, como no caso resolto na sentenza recurrida, dito erro é substancial e excusable, e determinou a prestación do consentimiento (sentenza deste tribunal de apelación de data 18 de novembro de 2020, rolo 403/2020).

CUARTO

Superados os escollos anteriores, e entrando agora na cerna propiamente dita do asunto, a mesma ven xirar realmente sobre un único extremo: Se os folletos informativos da ampliación de capital dos anos 2012 e 2016 reflectaban ou non á sazón unha imaxe fidedigna da entidade. E enfocamos a controversia verbo, esencialmente, desta segunda operación xa que, por unha banda, e como xa dixemos, a parte demandada silenciou na contestación á demanda esta cuestión no atinxente a aquela primeira emisión, e por outra, existe tal coincidencia nas operativas que as mesmas poden ser obxecto, tamén en esencia, dun tratamento unitario.

QUINTO

Atopámonos, realmente, 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 aos demandantes, pois nese feito amparan o erro no consentimiento 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 lega nesa 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 aos actores debe quedar moi matizada e mitigada por causa daqueles principios. En todo caso, e aínda que sigamos o posicionamento probatorio do demandado, proclamando a presunción de veracidade do folleto, consideramos que existen na lite probas directas e datos indiciarios dabondo, que demostran que o mesmo reflectaba unha imaxe distorsionada da súa verdadeira situación económico-financiera, moito peor da anunciada.

Por outra banda, o problema de se o folleto da unha imaxe exacta da situación económica do Banco demandado xa aparece resolto por numerosas sentenzas ditadas polos tribunais, e que apreciaron a falta de información sobre esa situación con fundamento nunhas probas que son lóxica e esencialmente coincidentes coas que se achegaron a esta lite (Entre outras moitas, sentenzas da AP de Barcelona, Sección 11^a,

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 sentenzas desta Sala, de 10 de xuño de 2020, 9 de xullo de 2020, dúas de 22 de xuño de 2020, ditadas nos rolos de apelación números 631 e 856 de 2019, e outras tres de 30 de xuño de 2020, ditadas nos rolos 889/19 e 1 e 61/2020.

Ante a coincidencia de probas entre os distintos procesos seguidos contra o Banco Popular (en realidade, o único instrumento de proba parcialmente diferente será comúnmente a pericia proposta por cada demandante en cada lite), a valoración de todo o acervo ten que ser tamén idéntica, ata chegar, en fin, á conclusión, igualmente compartida, de que o folleto de emisión de accións de 2016 non reflectaba a verdadeira imaxe económico financeira da entidade emisora. As identidades conducen real e inevitablemente a unha repetición de apreciacións probatorias e argumentos, máis que propiamente a un estudo de cada proceso de xeito illado e marxinando os demais, se non se quere rematar, en fin e derradeiramente, co indesexado e inaceptable resultado de resolucións contradictorias.

Finalmente, e dada a lóxica trascendencia 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, reproducíndose por igual neste extremo as reflexións xa realizadas en anteriores resolucións, de plena aplicación ao suposto litixioso.

SEXTO

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 defíneo 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 cientificamente 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.

SÉTIMO

Se atémonos ás pautas anteriores, resúltanos máis fiable, para decidir se o folleto daba ou non unha imaxe certa do Banco, o informe pericial achegado polos demandantes, fronte ao aportado polo demandado, se temos en conta: A) Que o ditame deste último ten por obxecto é unha "contrapericia" ou "unha avaliación crítica" da pericia contraria, o que se confirma ao longo do informe, cunha descalificación xeralizada e indiscriminada da pericia dos demandantes. Non semella entón que nese informe aportado polo Banco 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 desaprobaban ese posicionamento.

- A. 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 no segundo trimestre do 2017, cando aquela situación crítica xa se tiña manifestado en decembro de 2016, tal como proclama o acordo de resolución da Xunta Única de Resolución de 7 de xuño de 2017, nunha declaración non contradita e calada polos peritos. Efectivamente, e baixo o rótulo de "Plan de resolución" (2.2.2.) reseña o acordo (punto 19) que " el 5 de diciembre de 2016, la JUR en su Sesión Ejecutiva aprobó la versión 2016 del plan de resolución para el Grupo. En el plan de resolución, la JUR estimó que la liquidación del Grupo en el marco de un procedimiento concursal normal no resulta creíble...". Pois ben, se este organismo xa falaba da resolución da entidade bancaria en decembro de 2016, dadas as graves dificultades económicas, engadía, 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 do novo marco normativo (Circular do Banco de España de 2016) cando, con independencia da

irretroactividade das leis, esta norma, por ser coñecida coa suficiente antelación á operación de aumento de capital de 2016, poido -e debeu- 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 o folleto expresaba a imaxe fidedigna do Banco emisor das accións na supervisión contable e favorable da auditoría externa 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) Se ignora -interesadamente a comunicación de feito relevante de data 3 de abril de 2017, no punto no que a propia entidade bancaria, despois de recoñecer desfaxes contables, recoñecemento tamén esquecido polos peritos, se afirma que "el análisis preliminar indica que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de ejercicios anteriores a 2015". As partidas recoñecidas acadan a suma de 305 millóns de euros. K) Por último, tampouco se emprega como fonte de información -inexplicablemente- o informe de 23 de maio de 2018, do Departamento de Informes Financeiros e Corporativos da CNMV, informe cuxo contido logo veremos.

OITAVO

Sen discutirse realmente polo demandado 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 dos demandantes 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, que debía contrastarse cos correspondentes soportes documentais. B) Que o desaxuste obedecía á

nova normativa contable, moito máis exixente e previsora que a anterior. C) Que no propio folleto advertíase explícitamente das desfavorables circunstancias. D) E, en todo caso, que o desfaxe sonaría significativo. Examinamos estas consideracións con independencia.

NOVENO

O demandado fai un reproche á pericia contraria, por afirmar esta última que no folleto informativo dábese unha imaxe económico- financeira 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 desa pericia aparecería desmentida polo instrumento comprobador, propio e específico, da bondade da contabilidade, como son as auditorías levadas a cabo por PwC, así como polas pertinentes medidas de control exercidas pola CNMV.

DÉCIMO

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 "énfase", 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".

DÉCIMO PRIMERO: 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:

- B. 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 siquera relata algún caso. E a pericia dos demandantes nega o argumento, 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. D) Que o Banco xa era coñecedor deses cambios antes desa operación, e sen embargo non fixo constar no folleto, coa necesaria claridade e especificidade, as consecuencias contables concretas derivadas do cambio.

DÉCIMO SEGUNDO

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 dúbidas 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 exixencias 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 o 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. Conseqüentemente, admitindo que non foran aplicables os novos criterios valorativos, iso non excluía que o Banco debiera 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 subscriptores 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 legislativo, 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 legislativo, 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 Legislativo 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 TERCEIRO

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 CUARTO

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 elexindo 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 levanlle 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 QUINTO

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 seguidamente, 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 inmediateamente 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 financieira 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, como deixamos sentado.

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 SEXTO

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 SÉTIMO

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 transcendencia 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 difícilmente 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 OITAVO

As consideracións precedentes serían igualmente aplicables á emisión de accións do ano 2012, tal como xa advertimos. E lembramos novamente o silencio da parte demandada sobre o fondo, é dicir, sobre se o folleto dese ano reflectava ou non a realidade económica da entidade. Sen embargo, non queremos rematar sen facer unhas observacións máis específicas sobre esta operación. As reflexións sobre a operación 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...), son trasladables á emisión de 2012, circunscribíndonos agora a enfatizar simplemente sobre o folleto de ampliación de capital dese ano.

DÉCIMO NOVENO

Ainda a risco de ser repetitivos, 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 (nas dúas emisións), 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 (s) non se axustaba á realidade económica da entidade bancaria.

En efecto, o informe, despois de indicar que a ampliación de capital, efectuada no cuarto trimestre de 2012, informaba no folleto da situación económico financeira referida ao 31 de outubro de 2010, 31 de decembro de 2011 e 30 de setembro de 2012, reseña igualmente:

- A. Que ao peche deste último exercicio resultan unha perdas de 5.658 millóns de euros polos conceptos que sinala. B) Que deses 5.658 millóns, 4.388 son apuntes realizados no cuarto trimestre de 2012 que, conseguintemente, non se reflectaron no folleto. C) Que fronte aos 444 millóns de beneficios proclamados ao peche do exercicio 2011, a entidade bancaria pechou o exercicio seguinte cuns resultados negativos, antes dos impostos, de 3.492 millóns. D) Que a entidade bancaria achaca o desfaxe á nova normativa que ven intensificar o criterio de prudencia valorativa dos activos financeiros e inmobiliarios. E) Que esa invocación resulta ser unha excusa, pois aínda que non estaban efectivamente en vigor esas normas ao tempo do aumento de capital, esas normas, ou sexa, os Reais Decretos Leis de 3 de febreiro e 11 de maio de 2012, polas súas datas, xa eran coñecidas polo Banco, quen mesmo alude a elas no folleto, pero sen deducir nin concretar as específicas consecuencias contables. F) O Banco, atendendo a que estábamos ante unha operación inversora e de futuro debeu

considerar esa normativa. G) Rexeitado o argumento, e dada a abultada diferenza de resultados observada, entre o terceiro trimestre e o peche do exercicio de 2012, resulta consecuenta a conclusión pericial sacada, de que "gran parte del efecto negativo que se manifiesta a finales del ejercicio 2012 se debería haber puesto de manifiesto con anterioridad a 30 de septiembre de 2012 (Información Financiera actualizada facilitada para la ampliación de capital de 2012),

afectando incluso al ejercicio 2011, por lo que la Información Económica-Financiera del Banco Popular para dichos períodos adolecería de errores significativos y no ser completamente válida para la toma de decisiones".

Insistindo unha vez máis no argumento: A pericia do demandado non discute esas cifras, senón que limítase xustificar as mesmas nos cambios normativos sobre criterios de valoración -máis prudentes, conservados 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 subscritores das accións para unha operación inversora que miraba precisamente hacia adelante.

Por outra banda, a prudencia valorativa do Banco era especialmente exixible nel, no notorio contexto dunha crise económica e financeira xeralizada, e moi especialmente no sector inmobiliario, no que o Banco era un dos máximos operadores, cando no o máis, segundoba reza a súa propia publicidade. E é que a crise financeira provocou unha caída da demanda de activos inmobiliarios e, conseguintemente, unha notable diminución do seu valor de mercado. E esa redución da demanda, unida á diminución do emprego e elevado endebedamento das familias, especificamente nese sector, provocaron un significativo aumento da morosidade, co conseguinte deterioro do valor da carteira crediticia e de activos adxudicados das entidades financeiras.

O informe pericial dos demandantes ven realmente a rematar, 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, ese incremento da morosidade ou a perda de valor dos activos inmobiliarios.

VIXÉSIMO: 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". A proba pericial da parte demandante pon de manifestó a "supervaloración" dos activos inmobiliarios dados en garantía de préstamos hipotecarios.

En terceiro lugar, ao non efectuar as inexcusables e suficientes provisións, coas conseguíntes correccións do balance á baixa -permítase a expresión-, estábese, 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 provisórias e os conseguíntes desaxustes contables do ano 2016 non dimanan dese ano senón dos exercicios anteriores, tal como polo demais 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 dúbidosos "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.

Derradeiramente, 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 deformación da contabilidade.

VIXÉSIMO PRIMEIRO : A desestimación do recuso conleva que impoñamos ao recorrente as custas procesuais desta alzada (artigo 398 da L. A. C.).

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

DECIDIMOS

Que desestimamos o recurso de apelación formulado por D^a GEMMA ALONSO FERNÁNDEZ, en representación do BANCO SANTANDER S.A., contra a sentenza ditada polo Xulgado de Primeira Instancia Núm.13 de Vigo o día 22 de abril de 2020, con expresa imposición das custas procesuais desta alzada á parte apelante.

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.

Téndose manifestado pola parte apelante o seu descoñecemento do idioma galego, procédase traducir a presente resolución ao idioma castelán sen necesidade de que a parte reproduza a petición.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra a presente sentenza cabe interpoñer, no seu caso, recurso de casación por tratarse dun proceso que presenta interese casacional, sobre a base do establecido no art. 477 da LAC, debéndoo interpoñer dentro dos vinte días seguintes á súa notificación na forma establecida no art. 479 da LAC. Así mesmo cabe interpoñer recurso extraordinario por infracción procesual sobre a base do establecido no art. 468 da LAC, debéndoo interpoñer dentro dos vinte días seguintes á súa notificación na forma establecida no art. 479 da LAC.

Notifíquelles ás partes a presente resolución. Devólvanselle os autos orixinais ó xulgado do que proceden, cun testemuño desta sentenza para o seu coñecemento e cumprimento.