

Juzgado de Primera Instancia

JPI de Madrid Sentencia num. 124/2021 de 18 mayo
JUR\2021\157553



Banca. Compraventa. Auditoria y contabilidad.

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 994/2018

Ponente:Ilmo. Sr. D. Ana María Alvarez de Yraola

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 37 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932812 Fax: 914932814

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0168815

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 994/2018

Materia: Contratos en general

Demandante: -----

PROCURADOR D./Dña. JAVIER FRAILE MENA

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. ANA MARIA ALARCON MARTINEZ BANCO POPULAR
ESPAÑOL, S.A.

Vistas las presentes actuaciones por la Ilma. Sra. Dª Ana María Álvarez De Yraola, magistrada del juzgado de primera instancia nº 37 de Madrid, ha pronunciado en nombre de S.M. EL REY la siguiente

SENTENCIA Nº 124/2021

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. ANA MARÍA ÁLVAREZ DE YRAOLA

Lugar : Madrid

Fecha : dieciocho de mayo de dos mil veintiuno

En los autos de juicio ordinario número 994/2018 seguidos por este juzgado a instancia de -----, representada por el procurador D. Javier Fraile Mena y defendida

por el abogado D. Javier Pichardo Redondo, contra BANCO SANTANDER, SA, representada por la procuradora D^a Ana María Alarcón Martínez y defendida por el abogado D. Gonzalo Eizaga Aranzadi, en ejercicio de acción de nulidad o resolución contractual y reclamación, siendo la cuantía de los títulos de 508.851,53 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

En fecha 19/9/2018, con entrada en este juzgado el 15/10/2018, se presentó escrito de demanda en el que -----, representada por el procurador D. Javier Fraile Mena y defendida por la abogada D^a Nahikari Larrea Izaguirre, promovía juicio ordinario en ejercicio de acciones acumuladas de naturaleza contractual de nulidad y resolución de contrato con reclamación de cantidad, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, en la que, expuestos los hechos y fundamentos de derecho que se consideró de aplicación al caso, en particular sobre la nulidad por error y dolo y los arts. 1261 a 1269, 1303, 1101 CC y 37 y 38 ley 24/88, y, finalizaba con la súplica dirigida al juzgado de que, una vez seguidos los trámites previstos en la ley se dictara sentencia por la que estimando la demanda se declare:

1º Declare la anulabilidad de la adquisición de las acciones por dolo y/o error invalidantes del consentimiento, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones entre las partes y condene a la demandada a abonar a la actora el importe total invertido en la ampliación de capital de mayo de 2016 ascendente a 508.851,53 euros, a razón de 109.475,28€ por derechos de suscripción preferente y 399.376,25€ invertidos en acciones, con los intereses desde tales ctos, y más los intereses legales incrementado en dos puntos desde la sentencia.

2º Subsidiariamente, que declare la responsabilidad civil de la demandada fundada en las informaciones incorrectas e inexactas y omisiones de datos relevantes del folleto informativo de la ampliación de capital realizada por BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, en mayo de 2016 y se condene a la demandada en los mismos términos antes señalados.

3º subsidiariamente se declare la responsabilidad contractual por incumplimiento de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA de las obligaciones de información, transparencia y lealtad, con condena en los mismos términos.

4º Con condena al pago de las costas a la demandada en todos los casos.

En resumen, los hechos alegados en la demanda son que bajo recomendación del personal de la demandada, -----, adquirió 319.501 acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, desembolsando un total de 508.851,53 euros, 109.475,28€ por derechos de suscripción preferente y 399.376,25€ invertidos en acciones realizada el 1-6-2016 suscritas en la ampliación de capital llevada a cabo por BANCO POPULAR en mayo y junio de 2016 descrita en el folleto informativo emitido al efecto, todo ello comunicado como hecho relevante de 26/5/2016 y documento de registro de 10/5/2016. El folleto describía un precio de emisión de

1,25 € por acción. A la demandante se le dijo que la inversión tenía una rentabilidad asegurada y, al hallarse en aquel momento pendiente de la concesión de un crédito muy importante para la empresa y que poco menos se condicionó su concesión a la suscripción de acciones por un importe aproximado de 500.000 €, siendo el dinero prestado por el propio banco a través de un préstamo a un año que podría devolver con el producto obtenido con la venta de acciones, firmándose el contrato de póliza de contrato de cuenta de crédito en la misma fecha de 1-6-2016 en una operación que se vendió como a todas luces ventajosa pues a los pocos meses el banco se ocuparía de la venta de las acciones para liquidar el préstamo sin riesgo.

La agresiva comercialización realizada desde las sucursales se vio reforzada por una agresiva campaña publicitaria que intentaba trasladar la fortaleza del BANCO POPULAR, presumiendo los responsables del banco de los beneficios que ello iba a reportar a los accionistas y los buenos resultados a obtener recuperando la inversión en dos o tres años.

El folleto informativo contenía incorrecciones, inexactitudes, falsedades y omisiones de datos relevantes destinados a crear una imagen de entidad solvente y saneada que en modo alguno se correspondía con la realidad, sobrevalorando lo positivo y ocultando o minusvalorando lo negativo, pues los riesgos y pérdidas ya existían aunque se conocerían después.

La presentación comercial dirigida a inversores que junto con el folleto informativo constituye el principal instrumento con el que la demandada ponderó las bondades de la ampliación, indicaba una elevada capacidad de capital que permitirá acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017 fortaleciendo la rentabilidad del negocio principal del banco y reduciendo el negocio inmobiliario presentando en este documento de más fácil lectura para un inversión información sobre riesgos de pérdidas contables de 2000 millones de euros que si se contemplaba en la nota sobre las acciones que en el documento de registro de muchas más páginas de letra pequeña y formato serio, dando una visión sesgada del banco como el banco español con el negocio más rentable.

La realidad era que el banco se encontraba en una situación de déficit de recursos propios en la dotación de las provisiones para activos problemáticos lo que ocultó el folleto, describiéndose de forma adulterada los riesgos de liquidez, solvencia, de crédito y reputacional. Se aporta informe pericial que destaca que la presentación comercial recogió a tós e indicadores de rentabilidad manipulados siendo sospechosamente mejores los del primer trimestre de 2016 que los del ejercicio 2015 y los que se resultarán del completo ejercicio de 2016, con claros indicios de que el empeoramiento de las cifras no han podido deberse exclusivamente a una mala gestión en las seis meses de actividad hostería quedando patente que la dirección del banco debía ser consciente de que la realidad no era como la presentada en la presentación comercial con una manipulación grosera de cuentas y datos, apariencia de grande resultados previsibles para 2016 que nada tenían que ver con la realidad, posibles falsedades

contables y una dificultad para analizar la verdadera situación del banco con graves sesgos en los datos financieros y la solvencia con los defectos de información que no se corresponde con la realidad, conteniendo falsedades que no reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera del banco.

El folleto advertía de una posible pérdida en el entorno de los 2000 millones de euros dando a entender que ese era el peor escenario posible al que podía quedar expuesto el banco y añadiendo que ello quedaría íntegramente cubierta, a efectos de solvencia, por el aumento de capital. Se presentó una descripción adulterada de los riesgos asociados a la ampliación de capital.

La información financiera del folleto sobre el primer trimestre de 2016 y los tres ejercicios anteriores contempla falsedades y no refleja la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera, que se desprende de los graves hechos acaecidos con posterioridad reconociendo el banco incorrecciones contables en el hecho relevante de 3/4/2017 que obligó a reexpresar las cuentas de 2016, con la resolución y venta del banco el 7/6/2017 por un euro y cuantiosas pérdidas, que proyectan una duda razonable sobre la veracidad de las cuentas referidas a los ejercicios 2013, 2014 y 2015, además de que las informaciones correspondientes al primer trimestre de 2016 no se encuentran auditadas, y el informe de auditoría del 2015 se emite sin contrastar la veracidad de la documentación recibida.

Las incorrecciones del folleto se han identificado en el procedimiento de diligencias previas 42/2017 del juzgado central de instrucción número cuatro, por el defensor del pueblo, y por la sanción que ha sido impuesta por el ICAC del ministerio de economía al responsable de la auditoría.

La verdadera situación financiera de BANCO POPULAR se ha puesto de manifiesto desde la comunicación a la CNMV de 3/4/2017 en el que se reconoce incorrecciones contables y que las cuentas anuales publicadas por lo menos desde 2012 no ofrecieron una imagen fiel, no siendo veraces los beneficios del ejercicio de 2015.

Tras sucesivas comunicaciones, rebajas del rating de la entidad y progresiva caída de la cotización de la acción, junto a una alarmante retirada masiva de depósitos entre marzo y primeros de junio de 2017, y previa declaración de su inviabilidad por el banco central europeo el 6/7/2017, la junta única de resolución (JUR) acordó la resolución de BANCO POPULAR. Las medidas adoptadas por BANCO SANTANDER, SA evidencian que la verdadera situación financiera de BANCO POPULAR no era la reflejada anteriormente comunicándose pérdidas o ajustes por valor de 14.000 millones de euros.

Las acciones adquiridas por la parte demandante han sido amortizadas, es decir, han desaparecido y su valor actual es de cero euros, sin haber recibido ningún dividendo y con una pérdida patrimonial de 508.851,53 €.

SEGUNDO

Por decreto de 19/10/2018 se admitió a trámite la demanda, acordándose su sustanciación por los trámites del juicio ordinario, y, en su consecuencia, se acordó dar traslado a la demandada, lo que se hizo en legal forma.

El 30/11/2018 compareció BANCO SANTANDER, SA, representada por la procuradora D^a Ana María Alarcón Martínez y defendida por el abogado D. Gonzalo Eizaga Aranzadi, justificando la fusión por absorción del BANCO POPULAR, presentando escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la misma e interesando que se suspende el procedimiento por prejudicialidad penal, y se dicte sentencia por la que se desestime la demandada con imposición de costas a la parte actora.

En síntesis, se alega que las acciones son un producto no complejo, siendo expuesta la situación de la entidad a particulares riesgos por la depreciación sufrida por la carretera de activos inmobiliarios que precisó de una ampliación de capital en 2012, lo que advirtió el folleto, y que la cotización de las acciones de BANCO POPULAR fue descendiendo desde la suscripción a consecuencia de unos hechos posteriores a la ampliación de capital de carácter extraordinario como fue la drástica retirada de depósitos y la decisión de la JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN el 7/6/2017 en la que BANCO POPULAR no tuvo ninguna intervención amortizar las las acciones con arreglo a los mecanismos previstos en el derecho de la unión europea y en la ley 11/2015 cuyo artículo 37 indica que no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado ni se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados.

La ampliación de capital de 2016 fue por la depreciación sufrida en la cartera de activos inmobiliarios y situaciones de mora, que había provocado caídas y era conocida por el demandante puesto que eran públicas pues desde 2012 se habían realizado captaciones de fondos en el mercado a través de ampliaciones de capital, siendo la cuarta ampliación de capital en cinco años. El banco actuó en todo momento con transparencias comunicando a sus accionistas la información generada y la parte actora pudo vender sus acciones en cualquier momento no deshaciéndose de las mismas cuando se aprobaron las cuentas de 2016 lo que evidencia que no tenía para él ninguna importancia. Por circunstancias diferentes en mayo y primeros días de junio de 2017 se retiraron masivamente los fondos depositados en la entidad en miles de millones de euros en sólo unos días lo que produjo el desplome de la acción y al agotarse las fuentes de liquidez, la resolución acordada por la JUR el 7 junio.

El folleto informativo, que se compone del documento de registro del emisor y de la nota sobre las acciones y el resumen (doc. 3 contestación), tiene por finalidad que el inversor sea un juicio razonado sobre la emisora y fue registrado de forma pertinente y contemplaba los riesgos que posteriormente se materializaron, especialmente el derivado de las cláusulas suelo, el riesgo de liquidez, al riesgo de crédito, el riesgo de mercado; contemplándose los concretos riesgos en la nota de las acciones y en particular la circular 4/2016 y la existencia de factores de

incertidumbre en, advirtiéndose de la conveniencia de aplicar criterios muy estrictos en la revisión de posiciones dudosas que podrían dar lugar a provisiones o deterioros por un importe de hasta 4.700.000.000 de euros, comunicándose los resultados negativos en los sucesivos trimestres que obedecieron a la materialización de tales riesgos que se recogían tanto en el registro del emisor como en la nota sobre las acciones y fue revisada por el auditor auditor externo independiente que emitió una opinión favorable. La CNMV supervisó el folleto que fue revisado por un auditor externo.

El banco cumplió sus deberes de información en las sesiones previas y con transparencias tras la ampliación de capital y los resultados con pérdidas sucesivas fueron debidamente publicados en los informes trimestrales y en la información personal al demandante, y BANCO POPULAR actuó en todo momento con transparencia comunicando a sus accionistas y al mercado la información que se iba generando, lo que provocó que en mayo y junio se retiraran masivamente los fondos que tenían depositados y, en aplicación de la normativa europea la JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN acordó el 7/6/2017 la resolución de la entidad.

Mediante auto de 18-9-2019 se desestimó la suspensión pedida por la demandada por prejudicialidad penal.

TERCERO

Citadas las partes a audiencia previa, la misma tuvo lugar el día señalado de 8-3-2021 en la sala de audiencias de este juzgado en presencia de la representación y defensa de ambas partes. Subsistiendo el litigio por falta de acuerdo, se invita a las partes a que acudan a mediación, quedando enteradas.

Se ratifican las partes sin alegaciones complementarias ni hechos nuevos.

No se impugna la autenticidad de la documental de contrario.

Respecto a los hechos objeto de la acción, quedaron fijados como hechos sobre los que existe conformidad:

1. La realidad la suscripción por el demandante de adquisición de derechos de 1-6-2016 y compra de acciones con efectos el 20/6/2016, en la ampliación de capital del banco, con un total pagado de 508.851,53 €.

Y como hechos y cuestiones jurídicas controvertidas:

1. La información y documentación facilitada por la demandada, y en particular el folleto y el cumplimiento de la normativa;

2. Si la documentación reflejaba de forma fiel la imagen contable;

3. Si proceden las acciones de anulabilidad por error y responsabilidad, por inexactitud del folleto de la ley del mercado de valores y por responsabilidad contractual del código civil;

4. Si hay causalidad entre la conducta del banco y la pérdida del valor de las acciones y decisión de JUR 7-6-2017.

Se admitió la práctica de la siguiente prueba: por la parte actora: documental de la demanda y pericial (1); por la parte demandada: documental aportada con la contestación a la demanda y pericial (1).

Se señaló para la práctica del juicio el 17-5-2021, con citación a las partes, habiendo quedado documentado el acto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen bajo la fe de la letrada de la administración de justicia.

El 21-1-2021 la demandante comunicó que la defensa sería asumida por el abogado D. Javier Pichardo Redondo.

CUARTO

El acto del juicio se celebró el 17-5-2021 en presencia de ambas partes, que comparecen asistidas y representadas en legal forma.

Declarado abierto el acto, se practicó la prueba de periciales, tras lo que ambas partes realizaron alegaciones finales, ratificándose en sus respectivas pretensiones, dándose fin al acto y quedando los autos vistos para sentencia, habiendo quedado documentado el acto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen bajo la fe de la letrada de la administración de justicia.

QUINTO

En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes, excepto el cumplimiento de los plazos por parte del juzgado, ocasionado por la inabarcable cantidad de asuntos que penden ante el mismo a consecuencia de la falta de creación de las plazas judiciales necesarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Legitimación activa de los accionistas

Se argumenta, si bien se realiza solamente la audiencia previa, con solo una escueta mención a ello en la contestación a la demanda, la falta de legitimación activa al amparo de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, cuyo artículo 37 indica que no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado ni se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados, lo que ha de ser rechazado pues en definitiva tal norma priva de acción para reclamar a consecuencia de la resolución del banco y decisiones de la JUR pero la presente demanda se sustenta en hechos anteriores, y en particular a la información facilitada con ocasión de la ampliación de capital de 2016.

Al efecto deben darse por reproducidas las argumentaciones recogidas en la

sentencia Audiencia Provincial de Valencia, 6ª, de 03/07/2020 (Ponente: MARIA EUGENIA FERRAGUT PEREZ Nº de Recurso: 251/2020- Nº de Resolución: 321/2020- Roj: SAP V 2205/2020 - ECLI:ES:APV:2020:2205) que expresa al efecto:

“Según Doctrina del TJUE, plasmada en su sentencia de 19-12-2013 (asunto C-174/12 ROJ: PTJUE 250/2013 - ECLI:EU:C:2013:856), quienes demandan reclamando la indemnización por la pérdida derivada de las compras con base en información no veraz sobre la situación financiera del emisor no tienen la consideración de accionistas en cuanto a esta reclamación, sino de terceros, y también lo dijo el TS en la sentencia de 3-2-2016 a la que después nos referiremos.

Esa Sentencia del TJUE examinaba el caso de un inversor que había comprado acciones de una entidad financiera en Bolsa y luego se descubrió que esa sociedad había publicado información no veraz sobre su situación financiera; el inversor presentó una demanda en que solicitó la nulidad de la compra de las acciones a título indemnizatorio; el tribunal austríaco preguntó al TJUE si las directivas sobre protección del capital social impedían que se reconociese el derecho del inversor engañado a obtener una indemnización conforme a las directivas de protección de los inversores, especialmente la directiva folletos. El TJUE dijo 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, diciendo:

"28 De ello se infiere que, como sostienen el Sr. ----, 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."

Y apuntó, a continuación, a que existe una relación contractual entre la sociedad y el inversor, la propia de la sociedad, a raíz de la compra de las acciones, pero la responsabilidad no procede de ese contrato sino de la compra por la que se entra en la sociedad, y dice:

" 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."

Y con fundamento en las directivas europeas de la reclamación al emisor, que

tratándose de una compra en Bolsa ha de ser el art. 7 de la Directiva de Transparencia :

"35 Por otra parte, de la resolución de remisión, y más específicamente del tenor de las cuestiones prejudiciales, resulta que la normativa nacional controvertida en el litigio principal pretende transponer al ordenamiento jurídico nacional los artículos 6 y 25 de la Directiva "folleto", 7, 17 y 28 de la Directiva "transparencia" y 14 de la Directiva "abuso del mercado".

36 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva "folleto" establece, en particular, que los Estados miembros se asegurarán de que la responsabilidad de la información que figura en un folleto recaiga al menos en los emisores.

37 Además, el artículo 7 de la Directiva "transparencia" dispone que los Estados miembros se asegurarán de que la responsabilidad de la elaboración y publicación de la información de conformidad con esa Directiva recaiga al menos sobre el emisor. Según el artículo 17, apartado 1, de esa Directiva, dicho emisor garantizará el mismo trato a todos los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas.

38 Hay que señalar que una normativa nacional que establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora de valores frente a un inversor en caso de incumplimiento de las obligaciones de información que se le imponen cumple con los requisitos expuestos en los artículos 6, apartado 1, de la Directiva "folleto" y 7 de la Directiva "transparencia" y no se opone al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 17, apartado 1, de esta última Directiva."

En definitiva, sostiene que el inversor tiene derecho a ser indemnizado sin que las normas de protección del capital social lo impidan porque se examina su condición no en cuanto accionista (condición que adquiere tras la compra de acciones) sino de inversor; y en esa condición de inversor resultó defraudado: decidió comprar las acciones porque la sociedad emisora publicaba información no veraz sobre su situación financiera, lo que constituye el hecho dañoso .

Y el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3-2-2016 (ROJ: STS 92/2016), refiriéndose a esa sentencia del TJUE y a la consideración del inversor como un tercero respecto a la sociedad, por lo que no le afectaban las normas de protección del capital social, dijo :

"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 Hirmann 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 reembolsar 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 y 1303 del Código Civil) 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 apartado 2 b) del art. 39 de la Ley ... aclara que en estos casos sí hay derecho a la indemnización, cuando dice:

"b) 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."

Es decir, que nos encontramos ante una obligación de indemnizar un daño ya devengado o causado con anterioridad, a quien entonces era un tercero y compra acciones confiando en el contenido de una información que ha resultado no ser veraz.

La obligación de indemnizar había nacido por el hecho dañoso, consistente en que se habían comprado acciones que no valían el precio pagado por ellas, aunque el daño sólo resulta aparente en el momento en que se descubre el alcance de la falta de veracidad de la información que publicaba el Banco, es decir, cuando es intervenido por las autoridades financieras".

En el mismo sentido se han pronunciado las Secciones de la Audiencia Provincial de León con criterio unificado por las dos secciones civiles; SAP Valencia, secc.7a,

de 15 de junio de 2020, y secc 6ª, de 3 y 24 de julio de 2020; Audiencia de Gipuzkoa, 2ª, de 31-1-2020 (nº 63/2020, rec. 574/18) y de 15-5-20 (nº 264/20, rec. 528/18); Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de 24-8-2020 (nº 756/20 Procedimiento ordinario 678/2019) sobre acciones de nulidad por la adquisición de acciones del Banco Popular.

Y la existencia de una cuestión prejudicial sobre la materia ante el TJUE presentada por la AP A Coruña no debe ser bastante para suspender este procedimiento —lo que además no ha pedido ninguna de las partes- al no ser esta la última instancia y ser previsible el recurso de apelación de ambas o alguna de las partes.

SEGUNDO

Acción de nulidad: suscripción de las acciones

Se ejercita en la demanda con carácter principal acción de anulabilidad de los contratos de adquisición de acciones por error invalidante del consentimiento respecto al contrato de adquisición de acciones suscrito por -----, con BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, de contrato de adquisición de acciones con efectos fecha valor el 20/6/2016 por un efectivo gasto total de 508.851,53 € entre ----- y BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, tras la compra de derechos para la adquisición el 1-6-2016 con pago de 109.475,28€ por derechos de suscripción preferente y 399.376,25€ invertidos en acciones.

La documental (docs. 2 de la demanda) acredita la realidad de tales extremos, a lo que la demandada no se opone, y en ninguno de tales documentos se adjunta información precontractual alguna firmada por el demandante y referida a la adquisición de acciones, lo que excluye que el demandante pudiera analizarlo con antelación, como exige la LMV.

Se argumenta la normativa de nulidad contractual por error a consecuencia de las irregularidades del folleto, con cita de la ley 24/88 y RD 629/1993, alegándose, en síntesis, que la información precontractual fue distinta de las características de los productos, pues las acciones se ofrecieron en el clima de confianza y solvencia que transmitía BANCO POPULAR, habiendo recibido una recomendación expresa por un empleado de la sucursal que personalmente ofreció el producto para acudir a la ampliación de capital de 2016, con una simple nota de valores según la cual la entidad prometía buenas expectativas de rentabilidad.

No resulta discutido que al contrato objeto de este procedimiento le resulta plenamente aplicable la normativa de la ley del Mercado de Valores 24/1988 en su versión tras su reforma por la ley 47/2007 para la introducción de la Directiva MIFID, cuyo artículo 2,1 a) determina que quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros: “1. Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido

patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. Se considerarán en todo caso valores negociables, a los efectos de la presente Ley: a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren [...]

Asimismo, la actividad de oferta y suscripción de sus propias acciones realizada por BANCO POPULAR y cuyo contrato es el objeto de la presente causa, queda integrada en el concepto de empresa de servicios de inversión y supuestos excluidos recogido en el artículo 62 LMV, por lo que a la demandada sí le era aplicable la citada ley y en particular las obligaciones de información recogidas en el artículo 79 bis, aunque no sean aplicables los apartados 7 y 8 del mismo pues, efectivamente y como alega la demandada, las acciones son instrumentos financieros no complejos. En el mismo sentido puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 9ª, de 29/12/2014 .

TERCERO

De la situación contable de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA en 2016 y su información a los inversores

Tratándose de productos de capital social, resulta esencial la leal y rigurosa información sobre la situación financiera y cuenta de resultados del BANCO POPULAR, teniendo esta parte, en consecuencia, la carga de la prueba sobre la información facilitada, información esta que fue inexistente.

Y, en contra de tal leal información, el Informe de 23-5-18 propuesto al Comité ejecutivo de la CNMV concluye que:

- La información financiera consolidada de BANCO POPULAR del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiera patrimonial, con unos impactos contables de 387 millones que suponen el 3,5% del patrimonio neto consolidado a 31-12-2016.

- La insuficiencia de determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos de cartera crediticia confirmaría la intencionalidad de determinados altos directivos de la entidad en incurrir en los referidos errores.

- La entidad desglosó unos ratios de capital regulatorio mejores de los reales.

- Es previsible que también la información financiera del primer semestre de 2017 tampoco responda a la imagen fiel de su situación financiera patrimonial.

De lo que propone la apertura de expediente sancionador al BP y a 8 consejeros y exdirector financiero y revisión disciplinaria de la firma PWC que auditó las cuentas

anuales individuales y consolidadas de BP, además de informes y auditorías para corroborar lo anterior, a coordinar con los realizados en los procedimientos judiciales penales abiertos.

Y tal desajuste en las cuentas de 2016 hace presumir que en 2011 y 2013 la situación contable de la entidad financiera pudiera ser también engañosa, máxime cuando el informe de la CNMV de 26-9-2011 ya indicaba la mala praxis de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA en las operaciones de case entre clientes minoristas, adquiriendo los valores al 100%, es decir, con un precio ficticio e irreal que impedía al cliente conocer el verdadero valor de mercado generando una falsa apariencia de ausencia de riesgo.

Igualmente, las irregularidades en la comercialización de productos financieros por BANCO POPULAR son puestas de manifiesto en la Resolución de 22 de julio de 2016, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se publica la sanción por infracción muy grave impuesta a Banco Popular Español, SA, [...] por la comisión de una infracción muy grave recogida en la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido lo establecido en el artículo 79 bis de la misma Ley, en relación con la comercialización a clientes de determinados productos financieros, entre enero de 2009 y noviembre de 2011, una multa por importe de 1.000.000 de euros (BOE 10-8-2016).

La pericial practicada en este proceso resulta ilustrativa, pudiendo resaltarse de la de la demandante (doc. 12 demanda e intervención en juicio de D. -----) que resume el perito en el acto del juicio que la información financiera ... facilitada en el folleto de la ampliación de capital fue sesgada, siendo además la presentación comercial también sesgada al presentar al banco como “el más rentable de España”, mostrando una imagen más optimista que la real al recogerse minusvalías y dotaciones no realizadas, y faltando en el folleto la información sobre el “plan de negocios”, es decir, las previsiones o proyectos o la previsión de perderse 3.340 millones de euros que debía conocerse en aquel momento por el consejo de dirección, siendo el volumen de dotaciones de las cuentas de 2016 mucho mayor que las de 2015, pese a que los precios de los inmuebles subieron en 2016, desvelado sólo en febrero de 2017 al reformular las cuentas de 2016 unas pérdidas de 4.200 millones de euros por ejercicios anteriores, eso ni el que en el folleto se indicaba que la finalidad de la ampliación de capital irá fortalecer el balance del banco y normalizar la rentabilidad y solvencia, ocultando las dificultades que ya debían conocer por una sobrevaloración por encima del mercado de los bienes inmuebles y por los niveles de morosidad que habían provocado que desde 2012 se sufrieran sucesivas pérdidas.

Así, como ya se recogió en su pericial para evaluar la ausencia de veracidad de la información en la ampliación de capital que concluye que se cometieron diversas irregularidades:

- presentación de los datos de manera sesgada, mostrándose sólo los ratios

derivados del negocio puramente bancario pero no incluyendo el negocio inmobiliario, lo que distorsionaba la realidad sobre las rentabilidades.

- Ratios e indicadores manipulados como:

- o el ROTE, que se sesgó al alza el beneficio neto;

- o el ROA, que indica el rendimiento que se obtiene de los activos, y se eleva frente al del 2015 para indicar una rentabilidad negativa del 2,25% en la memoria del 2016;

- o del ratio de eficiencia de la entidad,

- o del ratio margen intereses/activos totales medios,

- o del ratio margen de explotación/activos totales medios;

- o de la ratio morosidad, pese a que la morosidad en 2015 era elevada en el folleto se anuncia una mejora drástica que se reduce hasta el 6,50% para después ascender de nuevo al 14,61%;

- o análisis comparativos con otros bancos españoles, cuyo nombre no se especifica, y manifestando que BANCO POPULAR es el banco más rentable del mercado español.

Además, añade en el juicio que hay nueva información conocida tras un expediente abierto por la agencia tributaria que detectó que desde 2011 hasta 2015 se han utilizado por BANCO POPULAR sociedades instrumentales en Luxemburgo para ocultar morosidad y absorber la pérdida de años anteriores, que sólo se reflejó en las cuentas de 2016, lo que ha exigido una nueva dotación de 517 millones en 2016, que está en fase de investigación. Y al efecto resulta indiferente que sólo en 2016 se ejecutaran las garantías y tales sociedades se consolidaran como parte del grupo de BANCO POPULAR, como alega D. -----, pues es obvio que en todo caso, ejecutadas o no las garantías, con anterioridad BANCO POPULAR conocía que estaba absorbiendo pérdidas a través de esas sociedades; y resulta también indiferente que la agencia tributaria haya archivado el expediente, pues tal agencia sólo analiza la disciplina tributaria y no la veracidad de la información del folleto y demás actos de la ampliación de capital de 2016 de BANCO POPULAR.

Además, debe recordarse que la inicial aprobación por la CNMV de los documentos registrados para la ampliación de capital no significan la definitiva validación de los mismos pues, como antes se ha puesto de manifiesto, una vez afluadas nueva información de la propia CNMV ha iniciado expediente a consecuencia de la ampliación de capital de 2012, lo que también pone de manifiesto el perito de la demandante.

Las irregularidades se han puesto de manifiesto también por los peritos del Banco de España, la CNMV -aunque ha suspendido su expediente por la investigación penal preferente-.

También ha de rechazarse que la pérdida del valor de las acciones, cuantificadas por la JUR en 0 € sea exclusivamente por la fuga de depósitos por cuanto, como dice D. ----- la falta de liquidez daría lugar a la intervención de JUR pero no a valorar las acciones en 0 €, siendo tal valor por la conclusión de ausencia de solvencia de BANCO POPULAR y por lo que el BCE no le concedió un nuevo crédito el 6-6- 2017 de la extraordinariamente alta liquidez solicitada de 9.000m€, lo que se denegó por BCE al ver que carecía de garantías por no tener activos para responder -pues el propio D. ----- admite que ofreció activos inmobiliarios -es decir, los mismos activos que desde el principio habían sido sobre valorados por BANCO POPULAR como se ha visto anteriormente- y añade D. ----- que BCE no admite inmuebles, y que tales dudas sobre la solvencia hicieron que JUR negara más liquidez; además, en el Hecho Relevante de 11-5-2017 (doc. 26 demanda) BANCO POPULAR aún niega la necesidad de fondo ni hallarse en riesgo de quiebra, negando categóricamente la fuga masiva, lo que se evidenció después no ser cierto; y si la entidad hubiera tenido solvencia a la fecha de la resolución su transmisión no hubiera sido por el simbólico precio de 1€ ni BANCO SANTANDER hubiera precisado una ampliación de capital casi inmediata de 7.000m.€, ni hubiera vendido el inmobiliario al 46% de su hipotético valor, como indica D. -----, pues obvio es que BANCO SANTANDER debió venderlo a precio de mercado. Además, si por la fuga de depósitos se perdieron 9.400m€ y eso dejó a BANCO POPULAR sin capacidad para ofrecer a BCE las garantías que este le solicitada para la tercera inyección de liquidez, ello implica que no era veraz la afirmación del folleto de existir un colchón de 13.000m€.

Continúa el perito informando que la CNMV indicó que existían inmuebles con minusvalías de lo que BANCO POPULAR debía haber avisado al mercado, no suspendiendo las cotizaciones porque para entonces, en 2018, el banco ya estaba intervenido.

En este punto es relevante lo que se ha conocido sobre el informe pericial practicado por los peritos designados en la investigación criminal ante el juzgado central de instrucción sobre el estado de las cuentas de BANCO POPULAR, en el que concluyen los peritos del Banco de España que el folleto de la ampliación de capital no respetaba la normativa contable, especialmente en las operaciones refinanciadas en dudoso, no respetando las cuentas de 2015 el marco contable del Banco de España, manifestándose las pérdidas de diciembre de 2016 como corrección parcial de algunos de ellos y la necesidad de continuar el saneamiento y elevar el ratio de cobertura, con incumplimiento de la normativa en especial en la sobrevaloración de las tasaciones; las pérdidas que afloraron en 2017 se deberían haber reflejado en las cuentas de los ejercicios anteriores.

Rechaza el perito D. ----- que la causa sean las nuevas provisiones impuestas por la Circular 4/2016 pues ello no afectó a otras entidades financieras que tuvieron beneficios en 2016, afectando en un 0,66% al resto de la banca y pasar de 0,89 al 2,52% el BANCO POPULAR, lo que evidencia que antes estaba mal valorado, y en ello coinciden los peritos de la Audiencia Nacional, que además afirman que los

criterios de tal circular ya habían sido comunicados por el Banco de España en 2013 y 2014 -por lo que hacía muchos ejercicios antes que el banco debió tenerlos en cuenta-, sin que el banco cumpliera con tales criterios hasta octubre de 2016.

Y concluyen los peritos de la Audiencia Nacional que algunas estimaciones del Folleto eran demasiado optimistas en la evolución de los dudosos, lo que, unido a la baja cobertura planificaba, invalidaba las previsiones de cobertura, pérdidas y solvencia del folleto.

Y concluyen que existió falta de claridad en la información entregada a los inversores, con unas conclusiones muy optimistas y una ampliación de capital pequeña en comparación con las necesidades de capital.

Y respecto a la pericial de la demandada y a la ampliación en el acto del juicio de D. -----, ha de partirse carácter general del rechazo a las conclusiones de estos pues no es una pericial probatoria que afirme la fidelidad de la información contable sino que se limita a la crítica de la pericial de contrario al amparo del art. 352 LEC, y porque dice en el juicio haber tenido acceso a los registros contables del BANCO POPULAR pero tales registros contables no han sido incorporados a este proceso, ni tampoco como anexos en la pericial de la demandada, por lo que carecen de eficacia probatoria, y deben ser rechazadas las conclusiones que digan basarse en los mismos, al basarse en elementos ajenos a esta causa y que, por tanto, no pueden ser en ella valorados ni contrastados, y de conformidad con las reglas de la aportación procesal y la sana crítica contenidas en los arts. 265, 326 y 348 LEC.

Y no tiene credibilidad su afirmación de que los peritos de Banco de España, de E&Y y de KPMG afirman que no había error en las cuentas anuales, lo que respecto a los primeros desmiente la información que ha sido conocida públicamente y el perito de la demandante antes citado, pues ciertamente los peritos del Banco de España sí han concluido en la no presentación del folleto de la imagen fiel, y el informe de KPMG, que aportan en anexo de la pericial de la demandada, no tiene tal objetivo, sino solamente responder a una metodología de dotación de provisiones por deterioro de los créditos y activos que se oferta el 1-7-2016, y que, por cierto, no tiene reflejo en la nota de ampliación de capital.

Indica el perito D. ----- que la normativa contable estaba cumplida, y por BANCO POPULAR “reexpresó las cuentas” y no las reformuló al no ser significativas las pérdidas detectadas de 374 millones de €, lo que niega D. ----- que dice que la CNMV dice que debió reformular, pero al margen de la normativa contable -sí infringida en opinión de los peritos antes expuestos- lo que necesariamente indica tal modificación de las cuentas de 2016 es que ... la información de los valores y la publicidad referidos a la ampliación de capital de 2016 no fue transparente, leal ni fiel, siendo evidente que el Hecho Relevante de 3-4- 2017 que dio soporte a tal reformulación nada dice de las cláusulas suelo, siendo además lo relevante al efecto la sentencia del tribunal Supremo de 9-5-2013 que, aunque sin aplicación retroactiva, ya permitía a un diligente empresario presumir un importante reintegro a su cargo, cantidad que simplemente se vio incrementada con los efectos

retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

También debe rechazarse la afirmación del perito D. ----- de que en el posterior afloramiento de deterioros se debió a la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, pues ya se vio anteriormente que los criterios se comunicaron por el Banco de España desde 2013, sin que el banco los asumiera, y además porque como indica D. ----- ello debería haber afectado por igual a otras entidades financieras, que no fue el caso.

Y ha de rechazarse la crítica de los peritos de la demandada al informe pericial de la demandante por no haber tenido acceso a los registros contables y no indicar con precisión el epígrafe contable no real, pues no es la exactitud contable lo que es esencial en este procedimiento sino la información financiera dada en mayo de 2016 por BANCO POPULAR, y la situación de pérdidas importantes puestas de manifiesto en febrero de 2017 pero referida a los ejercicios anteriores es bastante a los fines de la prueba de la falta de información necesarios en este procedimiento, pues no debe olvidarse que es la entidad financiera la que tiene la carga de probar que facilitó la información rigurosa exigida por la normativa de valores y que esta fue transparente, leal y fiel, normativa informativa no cumplida como concluye en el acto del juicio D. ----- al ocultar pérdidas del periodo 2013 a 2015.

Por otra parte, no explica la demandada cómo, habiendo afirmado en el folleto de la ampliación que en el escenario más negativo podría tener pérdidas en 2016 de hasta 2.000 millones de euros, a la postre, y habiendo consignado en la nota de acciones que en el primer trimestre de 2016 el Banco presentaba ganancias de 93,61 millones, en tan solo ocho meses dichas pérdidas se revelasen de 3.485 millones; o por qué BANCO SANTANDER ha precisado una ampliación de capital de 7.000 M€; o porqué lo que en la nota de prensa emitida por BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA el 29/4/2016 anunciaba un beneficio neto de 94 millones de euros, creciendo en el primer trimestre del 2016 un 2,6% y constituyéndose provisiones netas por importe de 292 millones de euros, un 19,3% menos que en el primer trimestre de 2015, lo que pone de manifiesto que tanto los márgenes como el beneficio neto estaban batiendo las expectativas del mercado, no fue capaz de presentar indicios de solvencia al JUR negando esta el crédito y liquidez el 6-6-2017.

Además, obvio es que lo relevante fue toda la información formal facilitada a la CNMV, siendo indiferente que se dirigiera en parte a los inversores profesionales distintos de la demandante, pues obvio es que se trata de una información pública de la que los peritos de la demandante han extraído sus consecuencias sobre la divulgada situación financiera de BANCO POPULAR en CNMV, además del evidente carácter público de esta, sin discriminar si el consultante es inversor profesional o minoritario, y si no concluido los expedientes de revisión iniciados por el banco de España y la CNMV es por hallarse suspendidos por la investigación

criminal ante la audiencia nacional, siendo obvio que es irrelevante que la agencia tributaria no haya detectado infracciones tributarias.

Además, la falta de veracidad de las cuentas anuales presentadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA también se infiere de la sanción que la ICAC impuso a la empresa de auditoría que realizó tal actividad en los documentos de registro presentados con la ampliación de capital de 2012, publicada en el BOE del 13/6/2018 (docs. 19 de la demanda).

En conclusión, ni el folleto ni en la nota ni en la publicidad comercial se indicaba correctamente la gravedad de la situación, al hacerse sólo menciones a un hipotético escenario negativo que minusvaloraban el riesgo, es decir, las previsiones demasiado optimistas apuntadas por el perito de la demandante y antes analizadas.

Ni en la nota o resumen de las acciones, ni tampoco en la publicidad comercial, se advirtió con claridad de las pérdidas previstas para 2016 en los términos que se indica en la pericial de la demandada, pues se minimiza el riesgo al decir que “En un escenario negativo [...] podrían dar lugar a pérdidas [...] de producirse [...]”, es decir, expresando tal escenario negativo como hipotético y que sólo bajo tal condicional situación podría producirse la pérdida, es decir, minimizando el riesgo cuando sabían con certeza que tales pérdidas iban a aflorar posteriormente, al haberse ocultado pérdidas del periodo 2013 a 2015.

CUARTO

Análisis del folleto y jurisprudencia recaída al respecto

Se ejercita acción de nulidad por error basada en las informaciones inexactas y omisiones del folleto informativo de la ampliación de capital, al amparo del artículo 37 de la Ley de Mercado de Valores LMV (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que establece:

Artículo 37. Contenido del folleto.

1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

Atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, la información del folleto deberá permitir a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.

Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

[...] 3. Excepto para admisiones a negociación de valores no participativos cuyo valor nominal unitario sea igual o superior a 100.000 euros, el folleto contendrá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un

lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores.

4. Se entenderá por información fundamental a la que se refiere el apartado anterior, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando.

Sin perjuicio de lo que reglamentariamente se determine, formarán parte de la información fundamental, como mínimo, los elementos siguientes:

a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera.

b) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con la inversión en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores.

c) Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente.

d) Información sobre la admisión a cotización.

e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

5. Asimismo, en el resumen al que se refiere el apartado 3 se advertirá que: 1.º Debe leerse como introducción al folleto.

2.º Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.

3.º No se podrá exigir responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente sobre la base del resumen, a no ser que este resulte engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores. [...]

La importancia del folleto de la inversión fue ya puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo, que en su sentencia Tribunal Supremo de 3-2-2016 (Ponente Pedro José Vela Torres/nº 23/2016/Recurso Nº: 541/2015) expresó:

“el folleto [...] 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. [...] Y si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después

se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia [...] Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco (que provenía de la transformación de una caja de ahorros en la que tenían sus ahorros), se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión [...] justamente el folleto se publica para que los potenciales inversores tomen su decisión, incluso aunque no lo hayan leído, puesto que el folleto permite una "diseminación" de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir".

E igualmente, la Sentencia Tribunal Supremo de 3-2-2016 (Ponente Rafael Sarazá Jimena /nº 24/2016/Recurso Nº: 1990/2015) en similares términos indica:

“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, [...]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.

La SAP Madrid, Sección 14ª, 242/2017, de 20 de julio , define el concepto de imagen fiel y expresa:

“el concepto de imagen fiel de la sociedad, pieza esencial en el folleto y que afecta a todo su contenido, como elemento cualitativo fundamental de la oferta. Está conectado con la idea de veracidad, de manera que se transmita al mercado en general, y al inversor en particular que los datos del folleto son reales y auténticos: la confianza es un valor en sí mismo, y es esencial en la transparencia del mercado.

Para llegar a la conclusión de que el folleto no contiene la imagen fiel, no es preciso llegar a la falsedad, basta la inexactitud o, por mejor decir, que induzca a error a los inversores que por defectos de la información suministrada por el folleto, no pueden hacerse una idea fundada sobre la bondad y conveniencia de la inversión".

Consideramos que el principio de imagen fiel implica la concurrencia de las siguientes exigencias:

- Aplicación de la normativa contable.
- Presentación de una información relevante, fiable, comparable y comprensible.
- Suministro de la totalidad de la información adicional necesaria en la Memoria cuando los requerimientos de la normativa contable resulten insuficientes para permitir la comprensión de la situación de la sociedad”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 20, del 10 de junio de 2019 (Sentencia: 248/2019- Recurso: 150/2019- Ponente: JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ- ROJ: SAP M 5350/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5350) analiza lo anterior y expresa:

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

El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

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

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

Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue,

por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse 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”.

En base a tales resoluciones de las entidades de control y la doctrina de los hechos notorios contemplada en el artículo 281,4 LEC a los efectos de la excepción de prueba de los mismos, y siguiendo lo expresado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Civil sección 3, del 24 de junio de 2019 (Sentencia: 237/2019 - Recurso: 126/2019-Ponente: ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ ROJ: SAP BI 1838/2019 - ECLI:ES:APBI:2019:1838), y en similares términos la sentencia de 23/9/2019 del juzgado de primera instancia nº 3 de Madrid (pte: RAFAEL FLUITERS CASADO), cabe fijar como hechos probados los siguientes:

“1. 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.

2. 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.

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

4. 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 previsible 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.

Apunta 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 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).

5. 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).

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

7. Tras la ampliación capital, y a pesar de ella, se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación no se incide en noticias atractivas. Hay precisiones de 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. Se va dando información que si bien y así se consigna en la documental de la parte demandada que a lo largo de 2016 se dio una información de la delicada situación, y precisamente sobre la base del plan estratégico que toma medidas. En 2017 se publican los resultados en relación al último trimestre del ejercicio 2016, el Banco Popular reconoce pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros, (informe anual que el banco cuelga en su página web). Y balance aportación.

8. 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.

9. 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 ". (dto36) contestación a la demanda "se niega categóricamente", y ello ante informaciones periodísticas.

10. La realidad final es que 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.

11. 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.

12. 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 -".

13. 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 -----, 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 €, en el intermedio -2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

14. 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.

15. 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".

Y tales hechos sí pueden considerarse notorios, de conformidad con el art. 281,4 LEC pues, siguiendo lo manifestado por el Juzgado de 1ª instancia nº 1 de Valencia (ponente JUAN CARLOS MOMPO CASTAÑEDA) en sus múltiples sentencias sobre idéntica materia, "Según éste precepto, no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, es decir, la determinación de hechos sin necesidad de prueba, como cualidad relativa, según el tiempo y el lugar, de un conocimiento general que, razonablemente, es conocido por todos, incluyendo los que son parte en el proceso, tal como sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia 309 / 2013 de 26 de abril . Esta doctrina es aplicable al caso de autos, habida cuenta de la repercusión social (innumerables reclamaciones de clientes), mediática (prensa, radio y televisión han difundido multitud de noticias) y política (al encontrarse implicadas distintas cajas de ahorro), que han tenido los acontecimientos relacionados con la mercantil demandada, Bankia, desde la salida a bolsa de las acciones hasta la actualidad, dando lugar a reclamaciones masivas de clientes ante los tribunales (preferentes y subordinadas) y a la existencia de procedimiento penal ante el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional (Diligencia Previa 59/2012), cuya prejudicialidad se invoca en este pleito".

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 9, del 26 de septiembre de 2019 (ROJ: SAP M 9003/2019 - ECLI:ES:APM:2019:9003-Sentencia: 436/2019 Recurso: 465/2019- Ponente: JOSE MARIA PEREDA LAREDO) expresa:

"El Folleto de la OPS presentaba al banco como una entidad solvente, que obtenía beneficios. Así, se mencionaba el resultado consolidado (positivo), en miles de euros, de 105.934 euros en 2015 y de 93.611 euros en el primer trimestre de 2016. Se mencionaba la posibilidad de provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por importe de hasta 4.700 millones de euros, que darían lugar a pérdidas contables en el entorno de 2.000 millones de euros para el ejercicio de 2016, si bien se añadía que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital y por la suspensión temporal del reparto del dividendo.

Aunque ese documento aludía a ciertas "incertidumbres" y "riesgos", enumerando unos y otros, no los traducía en una realidad peligrosa potencialmente para la solvencia del banco, sino que transmitía confianza a los posibles inversores afirmando que " 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".

Sin embargo, como apunta el dictamen pericial de la parte actora emitido por D.

-----, " Hasta el cierre del ejercicio 2016 no se ponen de manifiesto dotaciones a las provisiones de los créditos concedidos por un importe total de 5.789 M€ que sitúan las pérdidas del ejercicio en una cantidad superior a 3.485 M€ cuando al cierre del primer trimestre de 2016, últimos datos disponibles antes de la ampliación de capital del mes de junio, los resultados consolidados del Grupo BANCO POPULAR mostraban un beneficio de 93,4 M€ y, los estados financieros intermedios del resto de trimestres del año mantuvieron un beneficio similar hasta que al cierre del ejercicio se recogen las pérdidas indicadas de 3.485 M € que han provocado el colapso de BANCO".

Y en el dictamen pericial de D. ----- (prueba de la parte actora) se expone en sus conclusiones que " Existen graves defectos de información financiera contenida en la nota de valores y resumen de la emisión publicada el 26 de mayo de 2016, que no permiten a ningún inversor comprender la situación real de la entidad a fecha de emisión de la nota de valores (26 de mayo de 2016)".

Por tanto, no se expuso a los futuros inversores la realidad económica del banco, sino que esta se hizo pública más adelante, induciendo a efectuar una inversión en acciones en un banco cuya situación real no fue fielmente reflejada en el folleto de la OPS. Las conclusiones que obtiene la juzgadora de instancia no pueden tacharse de arbitrarias, inmotivadas o que no se atengan a la prueba practicada. Están en perfecta armonía con el contenido de los dos dictámenes periciales presentados por la parte actora, de los que la apelante quiere, sin más, prescindir por no resultar favorables a sus pretensiones, lo que no puede admitirse.

Del primero de los dos dictámenes reseñados cabe resaltar estas conclusiones:

1- " Consideramos que se ha omitido en las Cuentas Anuales Consolidadas y estados intermedios consolidados anteriores al ejercicio 2016 -y especialmente en la información disponible en las fechas inmediatamente anteriores a la ampliación de capital del mes de junio de 2016-, una información real respecto de la situación de deterioro de la cartera crediticia del Grupo BANCO POPULAR que ha impedido a los accionistas disponer de la información veraz sobre su verdadera situación financiera [...] que les ha ocasionado un perjuicio económico por la pérdida total del valor de las acciones de BANCO POPULAR."

2- "Entendemos que ha existido una omisión de información en los estados financieros intermedios durante el ejercicio 2016 y en el informe de auditoría de dicho ejercicio que no ha sido advertida por el auditor, que podría haber facilitado a los accionistas y demás afectados una mejor comprensión de la situación del Grupo BANCO POPULAR".

Y del segundo de los dictámenes mencionados se resalta como conclusión: "Consideramos que la información financiera base para un inversor, a la hora de tomar la decisión de invertir, no refleja la imagen fiel de la situación de la entidad, ni a 31 de diciembre de 2015, ni a 26 de mayo de 2016 (fecha de la publicación de la nota de valores), debido a los errores, omisiones y falseamientos anteriormente

analizados y comentados".

Los términos en que se pronuncian ambos dictámenes desvirtúan las alegaciones del recurso de Banco Santander y amparan los razonamientos y decisión estimatoria de la sentencia de instancia, todo lo cual determina la desestimación del recurso.

También en interpretación de tal normativa, tras analizar los informes periciales presentados por ambas partes, establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Civil sección 1, del 17 de junio de 2019 (Sentencia: 481/2019 Recurso: 189/2019- Ponente: DAVID LOSADA DURAN- ROJ: SAP VI 666/2019 - ECLI:ES:APVI:2019:666):

“Concurrencia de los presupuestos de las acciones de responsabilidad de los artículo 38 LMV y 124 LMV.

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). Esta situación, comunicada al Banco de España y al Banco Central Europeo, supuso la activación del mecanismo europeo de resolución y, después de que otra auditora constatará la inviabilidad del banco, la amortización de las acciones de la entidad, incluidas las de la demandante, con la consiguiente pérdida de la inversión.”.

En el mismo sentido, la sentencia Audiencia Provincial de Valencia, 6ª, de 03/07/2020 (Ponente: MARIA EUGENIA FERRAGUT PEREZ N° de Recurso: 251/2020- N° de Resolución: 321/2020- Roj: SAP V 2205/2020 - ECLI:ES:APV:2020:2205), con cita de las sentencias del Tribunal Supremo antes señaladas, indica que:

“el hecho de que los demandantes compraran las acciones en el mercado secundario no priva de responsabilidad a la demandada, porque la compra de las acciones se produjo conforme a las informaciones inveraces suministradas con ocasión del folleto que acompañó la oferta pública de venta [...]

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), dice que:

" A la luz del resultado de la valoración de la prueba practicada, se concluye que la información reflejada en la contabilidad del Banco ... 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 ... 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

El concepto imagen fiel fue incorporado a nuestro derecho con la IV Directiva de Derecho de sociedades, relativa a las Cuentas Anuales, promulgada en 1978, en particular en su artículo 2 :

" 3) Las cuentas anuales deberán ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, así como de los resultados de la sociedad."

4) Cuando la aplicación de la presente Directiva no sea suficiente para ofrecer la imagen fiel mencionada en el apartado 3, deberán facilitarse informaciones complementarias.

5) Cuando, en casos excepcionales, la aplicación de una disposición de la presente Directiva, resultare contraria a la obligación prevista en el apartado 3, no se aplicará la disposición de que se trate, con el fin de ofrecer una imagen fiel con arreglo al apartado 3. Tal supuesto de inaplicación deberá mencionarse en la Memoria y ser debidamente motivado, con indicación de su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados. Los Estados miembros podrán precisar los casos excepcionales y establecer el régimen de inaplicación correspondiente."

El concepto de imagen fiel de la sociedad es esencial en el folleto y afecta a todo su contenido, como elemento cualitativo fundamental de la oferta y debe transmitir al mercado en general, y al inversor en particular, que los datos del folleto son reales y auténticos.

Para llegar a la conclusión de que el folleto no contiene la imagen fiel, no es preciso llegar a la falsedad, basta la inexactitud o, por mejor decir, que induzca a error a los inversores que, por defectos de la información suministrada por el folleto, no pueden hacerse una idea fundada sobre la bondad y conveniencia de la inversión.

La opinión de la CNMV, afirma que el folleto no reflejó una imagen fiel de la situación del Banco, y, en cualquier caso, la retirada masiva de capital, sin duda obedeció a las noticias que llegaban a través de los informes de la CNMV y la necesidad de reformular (o re- expresar) las cuentas, lo que justifica la reacción de desconfianza de los inversores.

Desde luego, el comprador de las acciones, podía razonablemente creer que lo hacía de un entidad solvente como se indicaba en el folleto; en definitiva, los demandantes, como pequeños inversores, 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, razón por la cual, en estos casos, el Tribunal Supremo ha considerado que el error deba considerarse excusable.

Dijo la Sentencia de la AP de Bilbao (ROJ: SAP BI 1714/2018):

" resulta que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese 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."

Y la Sentencia de 1 de julio de 2019, ROJ: SAP VA 956/2019) dice:

" En el caso que nos ocupa destacamos dos circunstancias relevantes que afectaron de forma esencial en la formación del consentimiento de los actores en la

suscripción de las nuevas acciones del BANCO ... y que suponen un incumplimiento de las obligaciones asociadas al emisor a la hora de confeccionar el folleto informativo: 1) la falta de exactitud de las cuentas anuales aprobadas por la entidad que sirvieron de base para elaborar el folleto; 2) falta de claridad y suficiencia de la información suministrada por el emisor en el folleto a la hora de plasmar los objetivos últimos de la ampliación de capital . Ambas circunstancias se adivinan como responsabilidades principales del emisor conforme a la legislación especial sobre la materia y, en particular, sobre la confección del folleto informativo, instrumento esencial sobre el que pivota la operación de ampliación de capital."

También la SAP, Civil sección 1 del 06 de noviembre de 2019 (ROJ: SAP OU 702/2019) dice:

"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.

Se indicaba también en otros documentos que con la ampliación de capital el Banco pasaría a tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital futura, lo que permitiría acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017, y que las expectativas en el medio plazo eran positivas debido tanto a factores externos como internos, que ayudarían a acelerar la reducción de activos no productivos."

"No se puede sostener que la resolución de la entidad fue debida a una crisis de

liquidez a corto plazo sobrevenida como consecuencia de la rápida y cuantiosa fuga de depósitos. La retirada de depósitos no se produjo porque los inversores, sin razón alguna, dejaron de confiar en la entidad, sino que su justificación se encuentra en la previsible deficiente situación económica de la misma. Así, el día 30 de mayo de 2017 se difundió la noticia de que Bruselas se preparaba para intervenir el Banco ... si no había comprador, y la retirada significativa de depósitos se produjo los días 1 y 2 de junio, por lo que es evidente que dicha retirada fue la consecuencia de la previsible intervención de la entidad atendida su situación económica y no la causa de su deficiente situación"

Y en ese sentido muchas otras sentencias que no es necesario citar, y que también esta Sala ha hecho propias en sus resoluciones sobre esta misma cuestión, y en definitiva, consideramos que la información publicada por Banco ... no reflejaba la imagen fiel de la entidad".

Además, y como indica la SAP Islas Baleares 4ª de 18/03/19, siguiendo a otra de Valladolid de fecha 04/06/18, "Aun cuando se partiera de la hipótesis que los problemas fueron de liquidez por la enorme retirada de fondos del mes de junio de 2017, ello no explicarían totalmente que en un año, de junio de 2016 a junio de 2017, afloraran pérdidas por valor de más de 12.183 millones de euros (12.218 menos 35 millones), un incremento de más del 34.80%, y lo que en ningún caso tendría explicación, por una retirada de fondos del mes de junio de 2017, es que a 30 de junio de 2016 las pérdidas fueran de algo más de 35 millones de euros y a 31 de diciembre de 2016 esas pérdidas fueran de 3.485 millones de euros, lo que supone un incremento de 9.857% en las pérdidas", y añadiendo que "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".

También la SAP Valladolid 3ª de 22/02/19 concluye que "adquiere especial relevancia la comunicación a la CNMV que el Consejo de administración realiza el 3 de abril de 2017 (ver aquí hecho 5º del fundamento de derecho tercero) en el que, en base a la información recabada del departamento de auditoría interna, la entidad reconoce "determinadas insuficiencias de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos" -por importe de 160 millones de euros según estimación estadística-, y posible "necesidad de dar de baja algunas garantías asociadas a operaciones de crediticias dudosas" -145 millones de euros-; según reza el propio comunicado, tales "circunstancias fundamentales" afectarían directamente al patrimonio neto de la entidad en la medida en que "proviene de ejercicios anteriores a 2015".

Continúa tal sentencia analizando el diferente tratamiento que merece "la finalidad de la ampliación de capital", según el folleto y según el hecho relevante comunicado ... el ... 26/05/16 ... (ver<http://www.....>), hablando este último de "disponer de un mejor margen de maniobra frente a ... la posibilidad de que se materialicen

determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables”, y el primero mencionando las incertidumbres, aunque con un tratamiento meramente tangencial, insuficiente y con absoluta falta de rigor (aceleración de la normalización de la actividad, necesidad de aceleración de la reducción de activos improductivos, básicamente, el negocio inmobiliario y poniendo en valor la estrategia seguida desde el año 2015 indicando que la misma "había dado sus frutos" y que tales activos improductivos "habían caído drásticamente ya en el año 2015", presentado las buenas expectativas del sector para el futuro), lo que le lleva a concluir que se habría producido una “falta de una información completa, exhaustiva y suficiente en el Folleto informativo de la ampliación de capital, ..., porque la entidad no presentó con claridad los motivos de la oferta y el destino de los ingresos, no facilitando esta información de forma fácilmente analizable y comprensible por los inversores”.

De igual modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 20, del 10 de junio de 2019 (Sentencia: 248/2019- Recurso: 150/2019- Ponente: JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ- ROJ: SAP M 5350/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5350) concluye que:

“al analizar el contenido del folleto informativo, la actividad publicitaria desplegada por la demandada, el hecho relevante de 3 de abril de 2.017 o de la comunicación del Banco central europeo a la JURR y de resolución del FROB, pues de todo ello, lo que se constata que la situación patrimonial y financiera que se presentó al demandante, no era la que realmente tenía dicha entidad y dicha imagen distorsionada, llevó al demandante a adquirir las acciones, cuando de haber tenido la información correcta no lo hubiera hecho”.

Y, significativa también debe considerarse la intervención ante la Comisión de Investigación del Congreso de los Diputados del que fuera el último presidente de Banco Popular desde el 20/02/17 al 07/06/17, -----, en la cual llega a afirmar que “esto (la resolución del Banco) tenía un porcentaje relevante de posibilidades de ocurrir” (minuto 15:00), “en el año inicial de esta crisis, que es la que todos conocemos y cuando los problemas de Banco Popular se materializaron, ..., ... Banco Popular no era sólido, no era líquido, era gaseoso...” (m. 34:50), “el “job” era salvar al Banco Popular” (m. 37:30), “el Banco se había pegado un tortazo a 200 km/hora con una muralla, la crisis financiera habiendo hecho verdaderas barbaridades, como es multiplicar su balance por cuatro...” (m. 38:00). “si nosotros no sabíamos, como no sabíamos, cómo estaba nuestro activo, no deberíamos abrir por la mañana...” (m. 56:20), “el Banco había tenido una inspección, una inspección brutal, inspección que causó las pérdidas enormes que habían tenido en 2016, y el desfase entre lo que habían prometido en la ampliación de capital y ese año, se habían ido 1.500 millones abajo..., lo que hicieron fue quitar provisiones que se habían hecho y hacer las que les había dicho el inspector...; eso es una trampa...” (m. 1:06), “...este es el Banco idílico que describe Ángel (Ron), como una maravilla; sería una maravilla en lo que es la gente, las oficinas, la atención al cliente, pero en las tripas, ..., era un desastre” (m. 1:17:15), etc, etc. (ver<http://www.congreso.es>).

Del mismo modo pueden citarse la sentencia de la audiencia Provincial de Alava, 1ª, de 24/8/2020 (nº 756/20, rec. 678/19, ponente David Losada Durán), de la Audiencia de Gipuzkoa, 2ª, de 31-1-2020 (nº 63/2020, rec. 574/18) y de 15-5-20 (nº 264/20, rec. 528/18) sobre acciones de nulidad por la adquisición de acciones del Banco Popular, y de la audiencia provincial de Madrid, 18ª, de 25-10-19 rec 388-19; 10ª, de 26-11-19, rec 762-19, y 20ª, de 6-11-19, rec. 401/19.

QUINTO

Consecuencias del incumplimiento del deber de información veraz: nulidad contractual y reintegro de las prestaciones

Se interesa en la demanda en primer lugar la declaración de nulidad relativa por error, que ha de ser admitida, por cuanto la gravedad en los defectos de la información antes puestos de manifiesto, con una información no ajustada a la realidad, inadecuada, insuficiente y que sólo destacaba los aspectos positivos fue determinante en la prestación del consentimiento viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de la situación de solvencia económica muy preocupante de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, con una situación de pérdidas muy elevada.

En idéntico sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Civil sección 1, Sentencia Tribunal Supremo de 3-2-2016 (Ponente Pedro José Vela Torres/nº 23/2016/Recurso Nº: 541/2015 y Ponente Rafael Sarazá Jimena /nº 24/2016/Recurso Nº: 1990/2015) han declarado:

“1.- Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular. Según recordábamos en la sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, que compendia la reciente jurisprudencia en la materia: « Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea [...]»

» En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

» El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa

que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

» Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

» Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

» El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida».

2.- Como quiera que se trataba de la salida a bolsa de una entidad que hasta ese momento no cotizaba, sus acciones no tenían un "historial" previo de cotización en un mercado secundario oficial, por lo que el folleto era el único cauce informativo de

que disponía el pequeño inversor . 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 . Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial. Y si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia, es claro que la Audiencia anuda dicho déficit informativo a la prestación errónea del consentimiento, en los términos expuestos, sin necesidad de que utilicen expresamente los vocablos nexo causal u otros similares. Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco (que provenía de la transformación de una caja de ahorros en la que tenían sus ahorros), se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tiene que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia; de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento. Y eso lo explica perfectamente la Audiencia en su sentencia, tal y como hemos resumido en el apartado 4.vi del fundamento jurídico primero; estableciendo los siguientes hitos de los que se desprende nítidamente la relación de causalidad: 1º) El folleto publicitó una situación de solvencia y de existencia de beneficios que resultaron no ser reales ; 2º) Tales datos económicos eran esenciales para que el inversor pudiera adoptar su decisión, y la representación que se hace de los mismos es que va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios ; cuando realmente, estaba suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias. 3º) El objetivo de la inversión era la obtención de rendimiento (dividendos), por lo que la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resultó determinante en la captación y prestación del consentimiento . 4º) La excusabilidad del error resulta patente, en cuanto que la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el pequeño inversor . En consecuencia, el nexo de causalidad era evidente, a la vista de lo que la sentencia razona, puesto que justamente el folleto se publica para que los potenciales inversores tomen su decisión, incluso aunque no lo hayan leído, puesto que el folleto permite una "diseminación" de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir . En la demanda se afirmaba que los demandantes realizaron

la inversión confiados en “que la entidad Bankia era una empresa solvente que iba a repartir beneficios”, por lo que resulta obvio que si hubieran sabido que el valor real de unas acciones que estaban comprando a 3'75 euros era, apenas un 1% del precio desembolsado, no habrían comprado en ningún caso. Máxime, al tratarse de pequeños ahorradores que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de grandes inversores, o los denominados inversores institucionales, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

3.- Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC, sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: “Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias”.

Además, es evidente que no por existir una condensada información en el resumen del folleto se cumpla el requisito de información y a los efectos de describir qué ha de entenderse por información comprensible, clara y transparente, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de fecha 23 de abril de 2015 en el asunto C96/14 (ECLI:EU:C:2015:262) tras insistir en que no cabe atender al plano formal y gramatical, ha expresado:

“41 Así pues, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor no sólo la información sobre las condiciones del compromiso facilitada con anterioridad a la celebración del contrato, sino también la exposición de las particularidades [...], de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Así sucede en la medida en que, a la vista de esos dos tipos de elementos, el consumidor decidirá si desea vincularse contractualmente con un profesional adhiriéndose a las condiciones que éste haya redactado previamente (véanse, por analogía, las sentencias RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 y 73, y Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 74).”

Es decir, procede estimar la pretensión y declarar la nulidad relativa por error en el consentimiento del contrato de adquisición de acciones de BANCO POPULAR objeto de la demanda y antes citado.

Es decir, debe estimarse el suplico de la demanda en sus pretensión de

restitución conforme el art. 1303 CC, y condenar a la demandada BANCO SANTANDER, SA, a restituir el importe total invertido en acciones (docs. 4 de la contestación) , de 508.851,53 euros de principal, que devengará los intereses legales desde perfección de las compras de acciones el 31/5/2016 y 20/6/2016, en la ampliación de capital del banco, por un total de 508.851,53 €, interés elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia conforme al art. 576 LEC.

SEXTO

Imposición de costas

En el presente caso concurren a día de hoy serias dudas de hecho, no habiéndose publicado oficialmente el informe del experto independiente ni los informes del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, concurriendo también dudas de derecho al no existir una unívoca tendencia en las resoluciones de las audiencias provinciales ni haber recaído decisión jurisprudencial del pleno del Tribunal Supremo, por lo que no procede imposición de costas conforme al último inciso del artículo 394,1º LEC.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de aplicación,

FALLO:

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por -----, contra BANCO SANTANDER, SA:

1

Declaro la nulidad relativa por vicio en el consentimiento prestado por error del contrato de adquisición de acciones con efectos fecha valor el 20/6/2016 por un efectivo de 508.851,53 € entre ----- y BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, tras la compra de derechos para la adquisición el 1-6-2016 con pago de 109.475,28€ por derechos de suscripción preferente y 399.376,25€ invertidos en acciones, con un desembolso total de 508.851,53 €.

2

Condeno a BANCO SANTANDER, SA, a estar y pasar por tales declaraciones y a restituir a ----- el importe total invertido de quinientos ocho mil ochocientos cincuenta y un euros con cincuenta y tres céntimos (508.851,53 euros) de principal.

3

Tal suma devengará el interés legal desde el 20/6/2016 elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

4

Sin imposición de las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, advirtiéndoles de

que contra la misma podrán interponer ante este juzgado RECURSO DE APELACIÓN dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación. No se admitirá el recurso en el caso de que no se acreditara previamente por la parte que pretendiera interponerlo haber constituido el DEPÓSITO preceptivo.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación literal para su unión a los autos, incorporándose el original de la misma al libro de sentencias que en este juzgado se custodia, lo pronuncio, mando y firmo,

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada, fue la anterior sentencia celebrando audiencia pública, de lo que yo la letrada de la administración de justicia doy fe.

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.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por ANA MARÍA ÁLVAREZ DE YRAOLA