JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 06 DE MÓSTOLES

Pz. Ernesto Peces 2 , Planta 1 - 28931

Tfno: 916647238

Fax: 916659909

NIG: 28.092.00.2-2019/0015158

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1363/2019

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. -

PROCURADOR D./Dña. -

Demandado: BANCO SANTANDER S.A.

PROCURADOR D./Dña. -

SENTENCIA N° 86/2020

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. ELENA CORTINA BLANCO

Lugar: Móstoles

Fecha: doce de marzo de dos mil veinte

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. Elena Cortina Blanco, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n°6 de Móstoles y su partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado con el número 1363/19 a instancia de D./DÑA. -, representada por el/la Procurador/a D./Dña. - y asistida por el/la Letrado D./Dña. - contra BANCO SANTANDER S.A., representado por el/la Procurador/a D./Dña. - y asistido por el/la Letrado D./Dña.-, habiendo recaído la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por la indicada presentación procesal de la actora se interpone demanda de juicio ordinario en la que, expuestos los hechos y alegados los fundamentos jurídicos en que basa su pretensión, termina por suplicar del Juzgado se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en la misma.

SEGUNDO Por turnada la anterior demanda, correspondió a este Juzgado, dictándose Decreto por el que se admite a trámite con sus documentos y copias, emplazándose a la parte demandada a fin de que se persone en autos y conteste a la demanda en el término improrrogable de veinte días.

TERCERO Personada en autos la parte demandada, formula contestación a la demanda, mostrando su disconformidad con los hechos tal y como son expuestos de contrario y, alegados los fundamentos de derecho que estima aplicables al caso, suplica del Juzgado se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y se absuelva a la demandada.

CUARTO En virtud de Diligencia de Ordenación se convocó a las partes a la audiencia, previa al juicio, prevenida en el art. 414 (RCL 2000\34) de la (Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34), 962 y RCL 2001, 1892), celebrándose la misma en el día y hora fijada al efecto con el resultado que obra en autos, al cual nos remitimos en aras a la brevedad y, no habiéndose solicitado y admitido más prueba que la documental obrante en autos, quedaron los mismos vistos para sentencia conforme a lo previsto en el art. 429.8 (RCL 2000\34)L.E.C..

QUINTO En la tramitación de este procedimiento se han seguido los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMEROPretensiones de las partes

En la demanda rectora de los presentes autos se ejercita acción de responsabilidad derivada del incumplimiento por la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. de las obligaciones informativas previstas en el art. 38 (RCL 2015\1659-1#A.38) (TRLMV (RCL 2015\1659), 1994) en relación con el Folleto Informativo de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones de dicha entidad -con motivo de la ampliación de capital que llevó a cabo en el año 2016-, así como las obligaciones informativas también exigidas en el TRLMV, arts. 118 (RCL 2015\1659-1#A.118)y 119 (RCL 2015\1659) y art. 124, en relación con el informe financiero anual y semestral, con la consiguiente indemnización por los daños y perjuicios causados a la actora, reclamándose una suma equivalente al importe de lo invertido (57.865,26 euros), más los intereses devengados desde la reclamación extrajudicial

Sustancialmente, se afirma para sostener su pretensión, que por parte de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. (entidad que ha sido sucedida por la demandada, BANCO SANTANDER S.A.) se transmitió a los inversores una información sobre su solvencia que no se correspondía con la realidad y que fue determinante para que el demandante adquiriera en fechas 13 y 31 de octubre de 2016, 3 de noviembre de 2016 y 3 y 17 de febrero de 2017 en el mercado continuo un total de 60.000 acciones por valor de 57.865,26 euros.

La información que, primeramente, ofreció BANCO POPULAR para llevar a cabo la ampliación de capital de 2016 era que se trataba de una entidad solvente y rentable, sin que nada hiciera presagiar que, unos meses más tarde, sería vendida por la simbólica cantidad de un euro, lo que provocó que los inversores perdieran por completo su inversión.

Así, el Folleto informativo de la emisión constituía, en primera instancia, el documento esencial para valorar la conveniencia de la inversión, de manera que cuando dicho documento no refleja información precisa y real, el inversor llega a conclusiones equivocadas acerca de la inversión que va a realizar. A mayor abundamiento, para el éxito de la ampliación de capital resultaron determinantes las declaraciones de los altos directivos de la entidad, que resaltaron la robustez financiera del Banco y las buenas expectativas de futuro.

Y en los meses sucesivos, incluso habiéndose visto obligado BANCO POPULAR a corregir las cuentas anuales que sirvieron de base para preparar el folleto informativo de la ampliación y pese a

reconocerse una serie de pérdidas, la entidad siguió afirmando que su solvencia estaba por encima de los requisitos exigidos y desmintió que existiera un riesgo de quiebra. No obstante lo cual, el 6.6.2017 se puso en marcha el Mecanismo Único de Resolución a través de la JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN, que solicitó ofertas de compra, siendo que el 7.6.2017 el FROB aprobó la venta de BANCO POPULAR a BANCO SANTANDER por 1 euro, tras la decisión adoptada por la J.U.R. tras ser declarado insolvente el BANCO POPULAR. La operación fue ejecutiva de manera inmediata y BANCO SANTANDER se convirtió en propietario del 100% del capital de BANCO POPULAR desde la firma del acuerdo de 7.6.2017, dando el BANCO DE ESPAÑA su conformidad. Se llevaron a cabo dos operaciones: la amortización de todas las acciones ordinarias de BANCO POPULAR y la conversión de la deuda subordinada y bonos subordinados convertibles contingentes en acciones de nueva emisión que, a su vez, fueron adquiridas por BANCO SANTANDER por el precio de 1 euro.

Por lo tanto: 1.- la información del folleto informativo era engañosa o incorrecta acerca de la solvencia de la entidad; 2.- la información presentada por BANCO POPULAR al público general y sus inversores desde el aumento de capital y hasta el mes de junio de 2017 tampoco cumplió con los requisitos de transparencia y fiabilidad.

De manera que la caída de valor de las acciones nada tiene que ver con la fluctuación que las mismas pueden sufrir en bolsa, sino con la ocultación de la verdadera situación financiera de BANCO POPULAR, siendo que, si la misma hubiera sido conocida, jamás se habría realizado la inversión que nos ocupa.

Por último, como los títulos fueron amortizados, la pérdida sufrida por el inversor se corresponde con la totalidad de la inversión.

La demandada se opone a la anterior pretensión solicitando la desestimación de la demanda, argumentando, en síntesis:

1.- Que las acciones admitidas a negociación en el mercado secundario son un producto no complejo, siendo de común conocimiento que una acción implica volatilidad y riesgo de pérdida del capital invertido; lo que se pretende es desplazar al banco el riesgo de una inversión que no salió como el cliente hubiera deseado.

2.- Se niega la premisa, que sustenta la pretensión de la actora, de que las cuentas sobre las cuales se realizó la OPS de 2016 y se emitió el Folleto informativo no se adecuaran a la normativa vigente o no reflejaran la imagen fiel de la entidad. Recuerda que la información financiera de BANCO POPULAR fue revisada por la firma de auditoría PwC y la operación de aumento de capital fue supervisada por la CNMV.

Explica que la entidad se encontraba, desde hacía años, expuesta a riesgos de diferente naturaleza, fundamentalmente debido a la depreciación sufrida por su extensa cartera de activos inmobiliarios y a la exigencia de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora, razones por las que en el año 2012 tuvieron que captarse fondos del mercado a través una ampliación de capital de casi 2.500 millones de euros y en 2016 fue necesario ampliar el capital por un importe superior. La ampliación de capital

fue acompañada de un plan estratégico con el que se trataba de abordar las significativas dificultades por las que atravesaba la entidad, siendo que en los meses siguientes a la ampliación se implementó este plan de seguimiento, actuándose en todo momento con transparencia, comunicándose a los accionistas la información que se iba generando, que, además, era objeto de cobertura por los medios.

Se argumenta que la situación por la que atravesaba Banco Popular en el momento en el que decidió ampliar capital era públicamente conocida a través de la cobertura que se le dio por los medios de comunicación.

3.- Que tanto en el "Documento de Registro de Banco Popular Español 2015", como en la "Nota de Valores y Resumen" registrados en la CNMV se advertía expresamente de los riesgos de la compra de este producto (riesgo derivado de las cláusulas suelo, riesgo y liquidez, riesgo de crédito y riesgo de mercado). Incluso el Documento de Registro dio cuenta de funcionamiento, objetivos y regulación del proceso de resolución de entidades de crédito que, finalmente, se implementó el 7 junio 2017. Además, en la Nota sobre las acciones se especificaron los concretos riesgos de los valores que podrían influir en la evolución de la cotización de la acción y que habían de tenerse en cuenta antes de tomar la decisión de invertir.

Los resultados negativos durante los trimestres sucesivos obedecieron, precisamente, a la materialización de diversos riesgos advertidos en el Folleto, principalmente la elevada exposición al mercado inmobiliario y operaciones de crédito en situaciones de incumplimiento por el cliente, que provocaron elevadas provisiones, como preveía el folleto.

Finalmente, se insiste en que el Folleto fue registrado, supervisado y aprobado por la CNMV sin formular objeción alguna.

4.- Y, además, argumenta que la actora pudo ordenar la venta de las acciones en cualquier momento pues, de hecho, las acciones fueron perdiendo valor gradualmente, de manera que, al conservarlas, la demandante asumió el riesgo asociado al descenso de la cotización. Así, cuando el 10 abril 2017 se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio 2016, la actora decidió mantener su posición inversora, sin vender las acciones. Y ni siquiera vendió las acciones cuando, tras los hechos sucedidos durante los meses de mayo y primeros días de junio de 2017, se produjo una alarma, pérdida de confianza y grave daño reputacional a la entidad, siendo que muchos clientes retiraron masivamente los fondos que tenían depositados en la misma y el banco perdió gran parte de su capitalización bursátil como consecuencia del desplome de la acción. Fue esta tensión de liquidez -y no la insolvencia de la entidad- la que implicó que el banco no pudiera hacer frente a sus obligaciones de pago con los depositantes y acreedores, comunicando el día 6 junio 2017 que al día siguiente no podría desempeñar su actividad, tras lo cual la JUR acordó la resolución de la entidad el día 7 junio 2017, decisión que fue ejecutada por el FROB ese mismo día.

Concluye que no se cumplen los presupuestos para que la pretensión ejercitada por la actora pueda prosperar.

SEGUNDOHechos Incontrovertidos y Hechos Notorios

Sentado el litigio en los anteriores términos, ha resultado incontrovertido que, a través de la entidad CAJAMAR, el demandante adquirió en el mercado secundario las siguientes acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL:

-en fecha 13.10.2016 un total de 10.000 acciones por valor de 10.947,16 euros

-en fecha 31.10.2016 un total de 5.000 acciones por valor de 5.433,09 euros -en fecha 3.11.2016 un total de 5.000 acciones por valor de 5.004,40 euros

-en fecha 3.2.2017 un total de 10.000 acciones por valor de 9.468,16 euros

-en fecha 17.2.2017 un total de 30.000 acciones por valor de 27.012,45 euros.

Todo ello según el doc. 28 aportado con la demanda.

Además, como punto de partida, no pueden marginarse lo que constituyen "**hechos notorios**", que, por tal razón, no necesitan prueba, de conformidad con lo ordenado en el art. 281.4 (RCL 2000\34) (LEC (RCL 2000\34), 962 y RCL 2001, 1892) ("*no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*") y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS Sala 1ª, de 12 de junio de 2007 o STS, Sala 1ª, de 26 de abril de 2013) y, muy especialmente, la **(sentencia del Tribunal Supremo N°: 24/2016, de fecha 03/02/2016 (RJ 2016\1)); Recurso N°: 1990/2015; Ponente Excmo. Sr. D.: -** : *" el recurso a los "hechos notorios " no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia".*

Estos hechos serían, en resumen, atendida la documentación obrante en autos, así como la abundante doctrina jurisprudencial que se está formando al respecto de los "hechos notorios" relacionados con la ampliación de capital de BANCO POPULAR (a título de ejemplo, **SAP Santander sección 2 del 07 de febrero de 2019 Sentencia: 67/2019 Recurso: 824/2018 Ponente: -** O s**AP Barcelona sección 17 del 17 de enero de 2019 Sentencia: 30/2019 Recurso: 693/2018 Ponente: -**) los siguientes:

1- La entidad BANCO POPULAR acordó en su Junta General de **11 de abril de 2016** una ampliación de capital, concretada y ejecutada en la reunión del órgano de administración de **25 de mayo de 2016**. Las condiciones del aumento de capital consistieron en la emisión de 2.004.441.153 acciones con un valor nominal de 0,5 euros una prima de emisión unitaria de 0,75 euros, con reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor de los accionistas del banco, y un importe efectivo total de 2.505.551.441,25 euros. Durante el período de suscripción preferente se solicitaron 722.016.168 acciones adicionales, por lo que la operación se concluyó con una demanda total de 135,75% del importe de la ampliación (3.401.300.000 euros)

A instancias del banco, PRICEWATERCOOPERS AUDITORES, S.L., emitió informe previo de **26 de mayo de 2016** de revisión limitada de estados financieros intermedios consolidados resumidos, advirtiendo expresa e inicialmente " que en ningún momento podía ser entendida como una auditoría de cuentas ", en el que se hacía constar que " no ha llegado a nuestro conocimiento ningún asunto que nos haga concluir que los estados financieros intermedios adjuntos del periodo de tres meses terminado

el 31 de marzo de 2016 no han sido preparados, en todos sus aspectos significativos, de acuerdo a los requerimientos establecidos en la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 34, Información Financiera Intermedia, adoptada por la Unión Europea ".

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

3. En el Folleto de la OPS (documento de registro del emisor y nota sobre las acciones y el resumen) registrado en la CNMV se hacían las siguientes indicaciones:

(i) se cifraba el total del patrimonio neto de la entidad, en miles de euros, en 11.475.779 en 2013, 12.669,867 en 2014, 12.514.625 en 2015 y 12.423.184 en el primer trimestre de 2016.

(ii) se cifraban los fondos propios, en miles de euros, en 11.774.471 en 2013, 12.783,396 en 2014, 12.719.992 en 2015 y 12.754.809 en el primer trimestre de 2016.

(iii) se informa del resultado consolidado de los siguientes periodos, en miles de euros: 254.393 en el año 2013, 329.901 en el año 2014, 105,934 en el año 2015 y 93.611 en el primer trimestre del año 2016.

(iv) en la página 21 y ss. de la nota sobre las acciones y resumen se informaba de una serie de "incertidumbres" que pudieran afectar a los niveles de cobertura, destacando, por su relevancia, la entrada en vigor de la Circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016; el crecimiento económico mundial más débil

de lo anticipado hace unos meses; la preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero; la inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales; y la incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entabladas contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria.

(v) A continuación se explicaba que el escenario de incertidumbre, acompañado de las características de las exposiciones del Grupo, aconsejaban aplicar " criterios muy estrictos en la revisión de posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros ". Pero se anticipaba que, de producirse esta situación, se ocasionarían pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo.

(vi) Sin perjuicio del mayor detalle en el cuerpo del folleto (tanto en el documento de registro como en la nota sobre las acciones), se indicaba en su introducción como riesgos relacionados con los negocios del grupo, los derivados de las cláusulas suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad derivada de pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el de mercado, el estructural de tipo de cambio y de tipo de interés, el operacional, el derivado de la operativa sobre las acciones propias, el reputacional, el regulatorio (riesgo de solvencia y mayores requerimientos de capital) y macroeconómicos y políticos.

En el documento de conclusiones se decía que como consecuencia del aumento de capital "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".

4. Tras los resultados negativos del tercer y cuarto trimestre del año 2016, el **3 de febrero de 2017** se publica una nota de prensa en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos.

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

El banco cuenta con capacidad de generación de capital mediante: La generación de beneficio: por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales.

La reducción adicional de activos ponderados por riesgo a medida que avanzamos en la reducción de activos no productivos. Por cada 1.000 millones € de NPAs, c. 20 p.b. de generación de capital.

La venta de autocartera y la reducción de minusvalías de renta fija, que nos permitirá generar 105 p.b. de capital.

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

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

6. La junta general ordinaria del Banco celebrada el **10 de abril de 2017** aprueba las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317,508, 86 euros.

7. El resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros. Se formuló por la entidad una “reexpresión de cuentas" del ejercicio 2016 con los siguientes resultados: 239.928.000 euros de reducción en el activo; 240.508.000 euros de reducción del pasivo neto; 580.000 euros de incremento en el pasivo y un incremento de las pérdidas que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

8. El **5 de mayo de 2017** la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CETI phased in del banco es del 10'02% la ratio CETI fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su solvencia por encima

de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

9. El **11 de mayo de 2017** se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos. Afirma que al cierre del trimestre el patrimonio neto del banco ascendía a 10.777 millones de euros y que la ratio de capital total se sitúa por encima delas exigencia regulatorias.

10. El **15 de mayo de 2917** se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 de Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, y que la inspección que realizaba el Banco Central Europeo era parte de su programa de supervisión ordinaria.

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

12. El **6 de junio de 2017** el Banco Central Europeo comunica a la Junta Única de Resolución (JUR) la inviabilidad de la entidad por considerar que ésta no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existen elementos objetivos que indican que no podrá hacerlo en un futuro cercano (art. 18.4 c/ del (Reglamento n° 806/2014 (LCEur 2014\1445))).

13. Tras la comunicación realizada por el BCE, la JUR el **7 de junio de 2017** decide declarar la resolución de la entidad y aprueba el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. Considera que el banco " 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".

14. El **7 de junio de 2017** la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) (LCEur 2014\1445) del Reglamento (UE) n° 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 (LCEur 2014\1445) del Reglamento (UE) n.° 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha

aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 (LCEur 2014\1445#A.22)y 24 (LCEur 2014\1445) del Reglamento (UE) n.° 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015 , no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2° del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

Se indicaba (antecedente de hecho cuarto) que según la valoración de un experto independiente (los medios de comunicación especializados indican que se encargó a Deloitte) recibida por la JUR, resultan unos valores que en el escenario central son de 2.000.000.000 de euros negativos y en el más estresado de 8.200.000.000 euros negativos.

TERCEROLas acciones como producto de inversión ofrecidas a través de una oferta pública de suscripción y las obligaciones de información periódica de la entidad emisora acerca de los datos económico-financieros. Normativa imperativa de específica aplicación

1. La Ley de Mercado de Valores (hoy (Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (RCL 2015\1659), 1994) aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre -en adelante TRLMV-) se aplica (art. 2 y Anexo) a los valores negociables, y, por tanto, a las acciones de sociedades.

2. Las acciones adquiridas en la oferta de suscripción, con ser un producto de riesgo, no son un instrumento financiero complejo (art. 217.1.a/ TRLMV) que obligue, en su comercialización, al cumplimiento del más alto estándar de información y documentación mediante la obligación de realizar el test de conveniencia -salvo que preste servicio de asesoramiento o de gestión de carteras-, o, en su caso, el idoneidad previsto en la ley (arts. 213 (RCL 2015\1659) y ss. TRLMV).

3. Una Oferta Pública de Suscripción de Valores (OPS), de acuerdo a los arts. 35.1 (RCL 2015\1659)TRLMV 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"*. La adquisición, por

tanto, por el inversor, es originaria, frente a la derivativa que se produce por la compra posterior en el mercado.

4. Que el estándar exigible en la contratación no sea el propio de los productos o instrumentos financieros complejos, no significa que no revista significación el cumplimiento de las exigencias legales relativas al contenido del folleto informativo de la emisión que debe registrarse en la CNMV. Y así, el TRLMV fija el contenido del folleto informativo en armonía con la (Directiva 2003/71 (LCEur 2003\4476)) del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la (Directiva 2001/34 (LCEur 2001\2380)) (Directiva del folleto)

El art. 37.1 (RCL 2015\1659)TRLMV indica que *"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*'.

5. El legislador impone, pues, para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas, un deber especifico y especial de información, regulado de forma exhaustiva, cual es, la publicación de un "folleto informativo", confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, al caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción (artículo 36).

Esto es, el inversor tiene la garantía jurídica y confianza -dado que esos datos del folleto son confeccionados por el emisor- de que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión de oferta pública.

6. Por consiguiente, el folleto informativo se revela como un deber esencial constituyendo el instrumento necesario e imperativo por el cual el inversor va a tener y conocer los elementos de juicio, necesarios y suficientes, para decidir la suscripción de tales acciones.

En tal sentido, el carácter informativo decisivo del folleto se puso de manifiesto, como después se examinará más ampliamente, en las sentencias 23/2016 y 24/2016 de 3 de febrero de 2016 dictadas por el Tribunal Supremo al indicar que tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, 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.

7. En tal tesitura y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados, hasta el punto que la propia Ley del Mercado de Valores fija en su artículo 38 la responsabilidad por la información del folleto y obliga al autor del folleto informativo a declarar que -a su entender- los datos "son conformes a la realidad y no se omite en él ningún hecho que por su naturaleza pudiera alterar su alcance", fijando dicho precepto una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante.

8. A ello ha de sumarse que el mismo cuerpo legal impone también al emisor una obligación de información periódica, acerca de los precitados datos económico- financieros, información periódica que, obvio es decirlo, ha de cumplir los mismos requisitos de veracidad.

Y así, el art. 124 (RCL 2015\1659) del TRLMV vuelve a establecer la responsabilidad de los emisores por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los artículos 118 y 119 (Informe anual e informe de auditoría e Informes financieros semestrales, respectivamente), al disponer que "el *emisor y sus administradores, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor."*

CUARTODéficit informativo advertido en el supuesto que nos ocupa

Sentado lo anterior y aun cuando -preciso es insistir en ello- las acciones constituyan un producto catalogado por la CNMV como "no complejo", en cuanto cotizan en mercados regulados, es fácil conocer su valor y hacerlos efectivos en cualquier momento y, en puridad, ha de existir información pública, completa y comprensible para el inversor minorista sobre las características del producto (v.gr. Guía sobre Catalogación de los Instrumentos Financieros como Complejos o no Complejos de 14 de octubre de 2010) y podemos, con carácter general, afirmar que es notorio el riesgo que presenta este tipo de producto, habida cuenta su volatilidad, se ha de concluir que de la prueba practicada podemos extraer la conclusión de que la entidad BANCO POPULAR no cumplió la obligación que legalmente le viene impuesta de informar al inversor sobre el riesgo que asumía adquiriendo las acciones de dicha entidad.

Como ha recordado nuestra jurisprudencia, es evidente que, como norma general, en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una "acción" de una sociedad anónima, su riesgo y el modo de fluctuar su valor -volátil a tenor del precio fijado por el propio mercado-, pero fácilmente accesible; pero todo ello no resta a que la información del Folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública sea un dato fáctico transcendental y deba reunir los requisitos indicados supra. Que el proceso de salida a emisión y suscripción pública de nuevas acciones, esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público (CNMV), en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el Folleto (confeccionado - es de advertir- por el emisor y no audita ni controla dicha Comisión) sean veraces, correctos o reales. El mentado organismo supervisa que se aporta la documentación e información exigida para dicha oferta pública, pero en modo alguno controla la

veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, conforme al artículo 92 (RCL 2015\1659) de la (Ley del Mercado de Valores (RCL 2015\1659), 1994).

No resulta admisible que, divulgándose un Folleto informativo con unos datos esenciales sobre la situación financiera y riesgos de la emisora, se imponga al inversor la labor de investigación o comprobación de tales datos, como premisa para posteriormente decidir si se invierte o no; pues, caso contrario, estaríamos dando prevalencia a una desconfianza en el propio sistema, totalmente contrario, precisamente, a todo el proceso de control y supervisión fijado por la Ley, generador de la confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Resulta, en este sentido, esencial, que la información económico-financiera que proporciona la emisora sea real y verdadera, de manera que el hecho de que la imagen económica y solvencia real no fuese la informada en el Folleto, resulta especialmente relevante desde la óptica del art. 38 (RCL 2015\1659) del TRLMV. Estando en contratos de inversión y en concreto de suscripción de acciones de las sociedades anónimas, donde el beneficio que se espera o desea obtener, por norma general, es el rendimiento o dividendo, resulta obvio que no es ajeno a dicho deseo o causa el que tal sociedad emisora obtenga beneficios (que motivan tal rendimiento) o, por el contrario, esté en pérdidas que excluyen el mismo.

En supuestos como el que nos ocupa, no podemos obviar el juego intenso de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria formulados en el art. 217.7 (RCL 2000\34) (LEC (RCL 2000\34), 962 y RCL 2001, 1892) al decir que "*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".* A partir de la flexibilización del rigor que en ocasiones debemos predicar de las reglas anteriores del mismo precepto, se exige a la parte que tiene más facilidad o se encontraba en una mejor o más favorable situación por su disponibilidad o proximidad con la fuente de prueba, que asuma el deber de acreditar la realidad o certeza de lo que invoca como fundamento de su posición.

Y esta regla permite que en supuestos como el presente, en que el resultado padecido por los adquirentes de las acciones resulta realmente anormal y desproporcionado al haberse producido en el transcurso de un breve espacio de tiempo el daño patrimonial representado por la pérdida completa de su inversión, que sea precisamente la entidad demandada quien deba, para excluir su eventual responsabilidad, justificar que la imagen fiel de solvencia de la sociedad en el instante de la adquisición era la que reflejaban los estados financieros que, primeramente, fueron publicados a través del folleto informativo y, después a través de la información periódica y que la causa, por tanto, de la amortización de las acciones fue por completo ajena a la situación publicada.

Es evidente que no basta cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno. Los datos económicos constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial esta información porque con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción.

Y, en este sentido, la demandada no ofrece prueba suficiente de que, primeramente, a través de Folleto OPS, el inversor recibiera toda la información necesaria y veraz acerca de la verdadera situación por la que atravesaba BANCO POPULAR y ni siquiera sobre su evolución posterior a la ampliación de capital, de manera que dicho inversor permaneció ajeno al conocimiento de los problemas financieros de la entidad.

Bien al contrario, primeramente se anunció y explicitó públicamente al inversor una situación de solvencia económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que, notoriamente, no eran reales. Y la comunicación pública de estos datos resultó determinante en la captación y prestación del consentimiento.

Lo relevante es establecer si en el momento de producirse la contratación la imagen ofrecida por la entidad no se correspondía con su efectiva situación financiera y, por tanto, existía un riesgo conocido de pérdida total del importe invertido del que no tuvo conocimiento la actora por no corresponderse con el riesgo al que se hacía referencia en el folleto informativo.

Esto es, si, analizada tanto la información ofrecida en el folleto y en la publicidad de la oferta realizada por el emisor, como la información periódica posterior acerca de los datos económico-financieros de la entidad (información posterior que resulta especialmente relevante en el supuesto que nos ocupa, habida cuenta que las acciones se adquirieron en el mercado secundario), puede afirmarse que dicha información se correspondía con la efectiva situación real de la entidad bancaria y, de no ser así, si ello ha ocasionado daños y perjuicios al adquirente de los valores.

Pues bien, a la vista del relato de hechos antes confeccionado, resulta notorio que la imagen de solvencia que BANCO POPULAR proyectó cuando llevó a cabo la ampliación de capital que nos ocupa no era correcta y no reflejaba su verdadera situación económica y que la entidad siguió ocultando la situación real en la información que con posterioridad facilitó al mercado. Es decir, se dio al inversor (y se mantuvo en el tiempo) una apariencia de errónea solvencia cuando se estaba en presencia de una entidad con graves dificultades económicas que desembocó, en pocos meses, en su declaración de inviabilidad por el Banco Central Europeo mediante comunicación a la Junta Única de Resolución (JUR).

La incorrección, inveracidad, inexactitud y/o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto y los que con posterioridad a la OPS se facilitaron al inversor, ha de llevar a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor resultó inexacta e incorrecta y ello lo fue en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores.

A los efectos de la acción ahora entablada, no se exige la premisa de sentarse una falsedad documental o conducta falsaria de relevancia penal por la emisora o sus administradores, pues para la protección del inversor, en esta sede civil, a tenor de la normativa expuesta, basta con que los datos inveraces u omitidos en el folleto, determinantes de la imagen de solvencia y económico-financiera de la sociedad, hubiesen sido esenciales y relevantes para la perfección contractual.

Se alcanzan tales conclusiones partiendo de tres premisas:

1°) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia, con unas perspectivas, que no son reales.

Así, a modo de resumen, en el folleto informativo de la OPS (26.5.2016) se cifraba el resultado consolidado del primer trimestre del año 2016 en 93.611 euros.

La finalidad del aumento de capital iba dirigido, según el hecho Relevante publicado por dicha entidad el 26.5.2016, a reforzar la rentabilidad y solvencia de la entidad y, si bien se hablaba de determinadas incertidumbres, en concreto, la posibilidad de que existieran provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros y se reconocía que, de producirse esta situación, se ocasionarían pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, también se decía que éstas quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión del reparto del dividendo que se valoraba como temporal.

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

Las notas de prensa y hechos relevantes que la propia entidad fue publicando en los meses sucesivos en modo alguno anunciaban la falta de solvencia de la entidad; bien al contrario, anunciaban que se estaban dando los pasos para el cumplimiento del plan de negocio que la entidad pretendía implementar acompañando el aumento de capital social.

Así, en la nota de prensa de 29.7.2016, se reportaba un beneficio neto acumulado del primer semestre de 2016 de 94 millones de euros y, en el informe del segundo trimestre de 2016, se apunta la "*elevada solvencia y confortable posición de liquidez del Grupo*". En la nota de prensa de 28.10.2016, titulada, en mayúsculas, "*POPULAR obtiene un beneficio de 817 millones de euros en su negocio principal*' se concluye afirmando que "el *negocio de POPULAR es actualmente un negocio de elevada solvencia y con una posición cómoda de liquidez*'. Y en la presentación de los resultados del tercer trimestre de 2016, refiere que "*los datos de solvencia continúan siendo elevados como consecuencia de la exitosa ampliación de capital*'.

No obstante lo anterior, en la nota de prensa de 3.2.2017, se anuncia ya una pérdida contable de 3.485 millones; sin embargo, acto seguido se explica que queda "*cubierta con el importe obtenido con la ampliación de capital y con su exceso de capital*' y que "la *solvencia se mantiene muy por encima de los mínimos regulatorios*" afirmándose que Banco Popular cuenta con capacidad de generación de capital. Y en el informe de los resultados del cuarto trimestre de 2016, vuelve a anunciar en los datos de solvencia, un "*amplio margen sobre el nivel regulatorio de SREP*'.

Sólo dos meses después (3 de abril de 2017) se publica como hecho relevante la insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016, cifrando en un importe de 123 millones de euros la posible

insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos, siendo la cartera de dudosos de 145 millones de euros y refiriéndose a otros ajustes de auditoría que impactaban en los resultados de 2016.

Y días después (10 de abril de 2017) se aprueba las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317,508, 86 euros y el resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros, formulándose una "reexpresión de cuentas" del ejercicio 2016 con un incremento de las pérdidas que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

No obstante lo anterior, la entidad siguió afirmando (Nota de Prensa de 5 de mayo de 2017) que situaba su solvencia por encima de los requisitos exigidos y que cumplía con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo. En la misma Nota continúa subrayando, en el apartado Evolución del Negocio, que "*Popular sigue siendo la primera entidad de España para pymes y autónomos*" y que, con la reducción de activos improductivos, se ha producido *"un cambio de tendencia muy positivo en lo que a gestión de Negocio Inmobiliario se refiere'"* .

Y el 11 de mayo de 2017 desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos.

Las noticias periodísticas acerca de la delicada situación de la entidad son desmentidas recurrentemente (vid. nota de 15.5.2017) y, sin embargo, a los pocos días (6 de junio de 2017) se reconoce que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros y el Consejo aprueba considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Popular esa situación, así como que al día siguiente no podría desempeñar su actividad. Ese mismo día la Junta Única de Resolución declara la resolución de la entidad, reconociendo su inviabilidad.

Y al día siguiente (7 de junio de 2017) la Comisión Rectora del FROB acuerda la reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación, así como la transmisión a Banco Santander, recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones 1 euro.

A nadie puede escapar que la inviabilidad de la entidad sólo encuentra una explicación dentro de los márgenes de la experiencia humana que no es otra que la situación financiera de la entidad y solvencia de la misma ya estaba profundamente deteriorada cuando se acudió a la ampliación de capital que nos ocupa.

Tampoco hacen falta mayores razonamientos para concluir que el inversor no fue adecuadamente informado de ello a través del folleto de la OPS, pues lo que se deducía de la información financiera que soportaba dicho folleto, así como de la publicidad que se dio a la OPS, era una evolución positiva en términos favorables a los inversores

2°) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información

divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias, que determinan su inviabilidad a los pocos meses de la ampliación de capital.

QUINTOReferencias jurisprudenciales

Debe concluirse con una referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo con motivo de la OPS de BANKIA S.A. en cuanto determinadas consideraciones resultan de aplicación al supuesto que nos ocupa. Así:

Así, **N°: 23/2016, de fecha 03/02/2016, Recurso N°: 541/2015, de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. D.: -:***"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*"

Y la **N°: 24/2016, de fecha 03/02/2016; Recurso N°: 1990/2015; Ponente Excmo. Sr. D.: -: "***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".

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

Y muchas de estas sentencias se han basado en la notoriedad de la situación del Banco Popular entre la OPA de mayo del 2.016 y su intervención y venta al Banco de Santander, concluyendo que la información facilitada por BANCO POPULAR con motivo de la ampliación de capital indujo a error al inversor sobre su situación financiera y solvencia real.

-Así, la ya citada **SAP Santander, Sección 2, del 07 de febrero de 2019 Sentencia: 67/2019 Recurso: 824/2018 Ponente: -**, cuando concluye: " *(i) que la publicidad comercial del banco y en menor medida la descripción de las causas de incertidumbre y riesgos descritos en el folleto de la OPS anunciaban una imagen clara de solvencia de la entidad, que trató de mantenerse hasta el final; ...*

8. Atenta a las máximas de la experiencia y a la propia naturaleza de las cosas, por la dificultad de explicación que conlleva, que una entidad histórica que se presenta un año antes con apariencia clara de solvencia y con expectativa cierta de generación de beneficios, sufra un descenso vertiginoso e inmediato que lleve finalmente a su resolución sin más explicación que la falta de liquidez derivada de una retirada que se afirma masiva de fondos. Creemos que la retirada de fondos existió - más difícil es calificarla de masiva- ante las dudas publicadas con reiteración sobre la solvencia de la entidad en los medios de comunicación -y que eran ciertas-, pero no puede desde luego considerarse la causa que justifique la resolución. Del planteamiento de un panorama de solvencia y de la descripción de unas concretas incertidumbres derivadas de los riesgos descritos en el folleto se suceden de forma precipitada una serie de acontecimientos, esencialmente descritos, que provocaron de forma vertiginosa la insolvencia definitiva de la entidad en un breve espacio de tiempo. No presenta ni menos justifica el banco que el resultado conocido se debiera a motivos o causas exógenas que expliquen su infortunio, por lo que consideramos que los hechos descritos hacen presumir que la causa de la liquidación del banco fue fundamentalmente endógena por la falta de una solvencia ya preexistente derivada de una situación financiera realmente comprometida. La Sala, en definitiva, alcanza la presunción de que la falta de liquidez es la consecuencia, no propiamente la causa, que ha de encontrarse, como reflejan los hechos relatados, en el gran problema de solvencia que aquejaba al banco en el instante de la OPS y que el folleto y la publicidad comercial del banco omitieron."

-La **SAP Valladolid sección 1 del 18 de enero de 2019 Sentencia: 29/2019 Recurso: 333/2018Ponente: -: "***Las conclusiones del folleto no pueden ser más engañosas e inveraces sobre lo que se sostiene en el recurso sobre la delicada situación bancaria que presentaba la entidad...*

Es cierto como se dice en el recurso que también se facilitó una nota sobre acciones. Pero no puede otorgársele la relevancia que manifiesta la entidad recurrente pues como antes hemos dicho en ninguna

de las advertencias se expone la delicada situación financiera del banco. Además, esa nota contradice lo que en el recurso se denomina registro emisor sobre las optimistas expectativas bancarias que no se correspondían con su real situación. Y de su redacción es fácil apreciar como las advertencias se realizan en letra diminuta en comparación con la publicidad del documento del registro emisor, y con una redacción abigarrada, farragosa y difícilmente comprensible para personas simples adquirentes de acciones.

Los dos documentos no pueden desglosarse para atribuirles una naturaleza independiente como pretende la recurrente pues los dos aparecen vinculados y forman pate de la información facilitada a los inversores que como consta demostrado por su lectura no es un ejemplo de claridad, de transparencia ni de la real situación financiera que presentaba la entidad apelante. La notoriedad apreciada por el Juzgador a quo sobre la falta de veracidad de los estados financieros de la apelante se reconoce en el recurso cuando se dice que la delicada situación financiera por las que atravesaba era conocida por todos, pero no existe una prueba concluyente que lo fuese por los actores. Máxime cuando el banco había enmascarado su real situación con la auditoría de cuentas y con el hecho de que la CNMV, como se dice en el recurso, supervisase la operación. Precisamente dicho argumento presenta un notorio carácter contradictorio porque si la situación del banco era tan delicada como se expone no se entiende que la CNMV aceptase la emisión.

...

Por ello no puede menos que concluirse que, ya al tiempo de la oferta de suscripción, la situación financiera y contable de la entidad bancaria apelante no podía corresponder a la que se reflejaba en el folleto, sin que el hecho de que pudieran estar auditados sin salvedades los estados financieros constituya obstáculo a tal conclusión, y racionalmente tal información fue determinante de la prestación del consentimiento, viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de la situación real financiera de Banco Popular, desconociendo la parte demandante los riesgos que corría con la suscripción de acciones, no por tratarse de un producto volátil y de riesgo, sino porque en este caso desde el principio el valor que aparentemente representaban al emitirse para la ampliación de capital no se correspondía con la realidad, como los hechos posteriores e incontrovertidos evidenciaron, y sin que, obvio es, los clientes tuvieran medio para conocer la situación financiera de la apelante, más allá de la información que al respecto la propia entidad les ofrecía."

-La **SAP Barcelona sección 17 del 17 de enero de 2019 Sentencia: 30/2019 Recurso: 693/2018 Ponente: -:**"*La parte demandada no ha aportado una explicación razonable de la que resulte justificación plausible de que la evolución negativa de la entidad, pese a la ampliación de capital, fue debida a causas no presentes o previsibles cuando se emitió el folleto informativo. Así, si bien alude a una retirada de depósitos que afecto a la liquidez de la entidad, no se justifica que la misma se realizó porque los inversores decidieran sin razón alguna dejar confiar en la entidad, sino que debía tener justificación por la previsible deficiente situación económica de la entidad. El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de*

solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones...

El folleto informativo hacía prever una mejora de la situación financiera y no la situación de insolvencia que se produjo en menos de un año. Por tanto, dicho folleto no respondía a la real situación económica y financiera de la entidad porque, como ya se ha dicho, al constatarse al poco tiempo la falta de solvencia de la entidad no puede negarse que la entidad ofreció una imagen falseada, presentándose como solvente pese a que conocía que ello no era así....”

-Por último, puede citarse la **SAP Cáceres sección 1 del 09 de enero de 2019 Sentencia: 2/2019 Recurso: 1207/2018 ... Ponente: -,** en concreto y por resultar especialmente esclarecedor, el apartado que reseñar las declaraciones de los responsables del Banco; comunicados del propio Banco; de la CNMV y demás notas informativas sobre el mismo, tras la decisión de la Junta de Resolución: “...En *las comparecencias efectuadas por los tres presidentes del Banco Popular en el Congreso de los Diputados, Don Javier ; Don Julio y Don Leoncio , ante la Comisión de investigación de la crisis financiera, para explicar su visión de la quiebra del banco, Javier acusó a Julio de propiciar, con diferentes métodos, la caída de la acción para que el Santander se quedara con el Popular sin pagar y recibiendo 2.000 millones. Su sucesor, afirmó que cuando llegó al banco, el capital era insuficiente por los ocultamientos y trampas realizadas bajo la órbita de su antecesor. Leoncio denunció deficiencias en los sistemas internos de control de las cuentas del Popular, e insistió, en que la compra del Popular tiene riesgos por los futuros litigios a los que se enfrenta".*

Por su parte, el que fuera presidente del Banco Popular, entre febrero y junio de 2017, los últimos meses previos a su intervención, Don --- , ha asegurado ante dicha Comisión de Investigación, que la entidad "engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones".

"Durante más de tres horas y media de intervención, rechazó todas las acusaciones de su antecesor, Javier , sobre que los problemas del banco se crearon por su brusca gestión o por sus declaraciones explosivas, ya que, dijo, los problemas eran muy profundos y se originaron en los años de la crisis inmobiliaria".

"Vino a decir que, durante muchos años, no se decía la verdad sobre la situación del banco, y por eso, perdió la reputación en el mercado".

Explicó, que llegó como "bombero, pero a los pocos días me convertí en artificiero porque tenía que desmontar las bombas" que estaban en el balance del banco. La primera de ellas fue, según explicó, al mes de llegar, en abril de 2017, cuando tuvo que hacer la reexpresión de las cuentas de 2016, por la ocultación de datos. En su opinión, para entonces, quedó demostrado que "toda la ampliación de capital de 2016 ya había desaparecido y volvíamos a tener un problema de recursos propios. Ya no había capital suficiente".

Sobre la ampliación de capital llevada a cabo en 2016por 2.500 millones, declaró que, era "inmoral que Popular hiciera una ampliación por este dinero, cuando le faltaban 8.000 millones.". "Engañar

es solo algo que trae problemas a todo el mundo.". "Si un banco no sabe lo que tiene en activo no puede circular. Es una bomba. Se puede llevar por delante, no sólo a miles y miles de personas que han invertido, sino también a los que tienen sus ahorros.".

Para concluir, ratifica la ocultación de datos en el folleto de la ampliación del año 2016, cuando dice que, "las cuentas del ejercicio 2016, en las que se basó el folleto para la puesta en marcha de la segunda ampliación de capital, se cambiaron provisiones de una partida a otra para cubrir las exigencias que los inspectores habían requerido a la entidad, incurriendo así en "trampas" y demostrando que hubo una "voluntad de ocultación. ".

Artículo de opinión de Julio publicado el día 15 de junio de 2018 en El País. "El Banco Popular arrastraba problemas estructurales de bastante mayor gravedad a los conocidos, como lo demuestra el seguimiento continuo del que fue objeto desde el 2012 por parte de las autoridades supervisoras, según ellas mismas han explicado con todo detalle, y por la afloración de pérdidas por más de 13.000 millones de euros, al cierre del ejercicio en el que fue resuelto y vendido a su nuevo propietario".

"En el caso del Popular, los hechos que perjudicaron gravemente el balance y los resultados venían de casi una década atrás. Y en su última etapa, se le aplicó de forma estricta la nueva normativa de supervisión y resolución, al tiempo que no se le daba apoyo institucional".

"El presidente de la CNMV, Onesimo , compareció ante la comisión del Congreso que investiga la crisis financiera, manifestando:

"El Banco Popular, presentó pérdidas de 12.218 millones correspondientes a los seis primeros meses de 2017. Ayer se supo que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) está analizando "en qué medida es razonable" imputar íntegramente al primer semestre unos números rojos tan abultados o también corresponden a ejercicios anteriores. La cuestión es relevante porque podría suponer que el Popular hubiera perdido parte de esos 12.218 millones en otros ejercicios y no se deberían cargar contra los recursos propios en junio de 2017, cuando se resolvió el banco y quedó su capital en cero".

"El Banco Central Europeo (BCE) considera que Banco Popular se saltó, al menos desde 2014, la normativa contable establecida por la legislación española, infló tasaciones de activos inmobiliarios, refinanció a promotoras en quiebra y usó sociedades opacas en Luxemburgo para reflotar a empresas morosas, lo que "alteró" los resultados del grupo durante años y sus ratios de solvencia.

Así lo atestiguan dos inspecciones realizadas por el organismo que preside Ricardo en los últimos años de vida de Popular como entidad independiente, a cuyos informes finales, demoledores y de carácter estrictamente confidencial, tuvo acceso algunos medios de comunicación ".

"La deficiencia más importante es que, el banco no cumplía con los criterios de contabilidad que exige la normativa española, lo que, por sí solo, generaba "un agujero" de entre 1.153 y 1.355 millones de euros. En concreto, Popular incumplía las reglas contables que regulan el registro inicial de los activos adjudicados e impiden su elevación posterior por el simple incremento del valor de referencia, y también aquellas que exigen una cobertura mínima e independiente, cuando estos activos permanecen

un tiempo excesivo en balance o están incluidos en el ámbito de aplicación del primer decreto Guindos del año 2012, que exigía a los bancos mayores dotaciones para su ladrillo".

"El incumplimiento de las normas contables detalladas en este finding (hallazgo), tiene como efecto principal, la alteración de los resultados de la entidad , con la consiguiente alteración de los coeficientes de solvencia declarados. Adicionalmente, y en relación con el criterio seguido por la entidad, de registrar los activos por su coste de adquisición y corregir en ese mismo instante dicho valor mediante la dotación de coberturas por deterioro, debemos señalar que altera la comparabilidad de su cartera de adjudicados con la del resto de entidades", reza el informe.

Para destapar estas presuntas irregularidades, un equipo de inspectores se desplazó a las oficinas de Popular el 22 de diciembre de 2016, y permaneció allí hasta el 2 de junio de 2017, pocos días antes de la caída del banco".

"Según los datos manejados por la CNMV, en los tres casos analizados, el impacto sobre las cuentas era superior al inicialmente previsto. Ello implica que, al calcular qué suponían estos ajustes sobre el patrimonio neto de la entidad resultaba que superaban el umbral mínimo del 2%, que establece la normativa actual -se situaba en torno al 3,5%- lo que obliga a considerar "material" dicho impacto y, por lo tanto, la entidad debería haber procedido a reformular sus cuentas, en lugar de reexpresarlas, lo que habría tenido consecuencias muy graves para Popular".

En efecto, según señaló ------- en su comparecencia ante la comisión de investigación del Congreso de los Diputados, "reformular las cuentas habría significado que Popular habría sido una nueva Bankia" y que tanto la caída de la acción, que sufrió una fuerte corrección a la baja cuando se anunció la reexpresión de las cuentas, como la salida de depósitos, que ya tenía lugar, habrían sido mucho mayores. Posiblemente, esto hubiera adelantado la resolución de la entidad".

"Pero el informe de la CNMV, no se detiene en desvelar estas cuestiones, sino que describe de forma clara las malas prácticas que la cúpula que el banco, dirigido entonces por Javier , llevó a cabo para ocultar su situación. En este sentido, el informe que servía como base para la apertura de un expediente sancionador, que ha sido suspendido, hasta que se resuelva el proceso penal, recoge que tanto en el traspaso de provisiones de unos activos a otros, como en la financiación para la compra de acciones en la ampliación de Popular se hicieron a sabiendas de que no eran legales y tratando de impedir que lo conocieran quienes pudieran oponerse a esas prácticas":

"En ese sentido, los firmantes del informe sostienen que el traspaso de provisiones se hizo desde activos que no estaban siendo analizados ni por PwC ni por EY, y una vez que se habían decidido cuáles eran los activos que estas auditoras iban a analizar. La otra cuestión que resaltan desde la CNMV, es que la liberación de provisiones de aquellos activos fue igual en todos los casos, el 17,5% de las constituidas, para con esos recursos formar un fondo global que permitía elevar ficticiamente las provisiones totales de los activos que las dos auditoras estaban analizando".

"De la misma forma, el informe de la Comisión de Valores afirma que, en el caso de la financiación para adquisición de acciones de la ampliación de junio de 2016, se ocultó dicha iniciativa tanto a la

intervención general del banco, para que ésta no obligara a reducir el nivel de recursos propios de la entidad, como a otros órganos de la entidad. También señala que fue el entonces consejero delegado, ---- , quien habría dado instrucciones verbales a distintos responsables de la red comercial para forzar a ésta a conseguir inversores financiados por el banco sin que se hiciera público ni se reconociera que estas acciones no podían contabilizarse como capital según la normativa establecida".

En conclusión, a la luz de las anteriores pruebas, se puede afirmar y considerar probado, que el capital del Banco Popular era insuficiente por los ocultamientos y trampas realizadas desde, al menos, el año 2012. Los hechos que perjudicaron gravemente el balance y los resultados venían de casi una década atrás.

La entidad "engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones". Los problemas eran muy profundos y se originaron en los años de la crisis inmobiliaria. Que durante muchos años no se decía la verdad sobre la situación del banco, y por eso perdió la reputación en el mercado.

El propio Banco Central Europeo (BCE), considera que Banco Popular se saltó, al menos desde 2014, la normativa contable establecida por la legislación española; infló tasaciones de activos inmobiliarios, refinanció a promotoras en quiebra y usó sociedades opacas en Luxemburgo para reflotar a empresas morosas, lo que "alteró" los resultados del grupo durante años y sus ratios de solvencia.

El incumplimiento de las normas contables, tiene como efecto principal la alteración de los resultados de la entidad , con la consiguiente alteración de los coeficientes de solvencia declarados.

La entidad debería haber procedido a reformular sus cuentas, en lugar de reexpresarlas, lo que habría tenido consecuencias muy graves para Popular.

Tanto en el traspaso de provisiones de unos activos a otros, como en la financiación para la compra de acciones en la ampliación de Popular, se hicieron a sabiendas de que no eran legales y tratando de impedir que lo conocieran quienes pudieran oponerse a esas prácticas.

Finalmente, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN, dictó Auto de fecha 3 de octubre de 2017, admitiendo a trámite la querella interpuesta contra el Banco Popular y otros, por si los hechos perpetrados, que llevaron a la ejecución de la decisión de la Junta Única de Resolución, que derivó en la compra de BANCO POPULAR por Banco Santander por un euro, y que ocasionó la amortización de todas las acciones propiedad de los accionistas, y por consiguiente, la pérdida íntegra de su inversión, pudieran ser constitutivos de delito."

-Y, por último, la **SAP Madrid, Sección 9ª, de 26.9.2019, Sentencia ni 436/2019, Ponente: -.**

Más específicamente, también son numerosas las resoluciones que estiman la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por la responsabilidad derivada tanto del folleto de emision, como de la información financiera anual y semestral (artículos 38 (RCL 2015\1659-1#A.38)y 124 (RCL 2015\1659-1#A.124) (TRLMV (RCL 2015\1659), 1994)) en relación a acciones compradas en el mercado secundario, reconociendo, así, la legitimación pasiva de la entidad demandada para soportar la acción y la relación causal entre su actuación y el daño sufrido por el inversor. Pueden citarse:

-SAP Barcelona sección 4 del 14 de octubre de 2019 Sentencia: 1030/2019 Recurso: 207/2019 Ponente: -: "*En efecto, de la prueba practicada y de los hechos notorios, se desprende que para no perjudicar al Banco, se ofrecía una imagen de solvencia, se maquillaban datos, se ocultó información o se ofreció sesgada, pues no hay otra explicación racional para que al cabo de menos de un año, se produjera la quiebra de la entidad conocida por todos.*

A la misma conclusión llegan las sentencias de la sección 17ª de la AP de Barcelona de 18 de julio de 2019, y de la sección 2a de la AP de Girona de 22 de julio de 2019, de la sección3a de la Valladolid de 1 de julio de 2019, que realizan un análisis exhaustivo de lo acontecido, de donde se extrae que no sólo había un problema de liquidez, pues de ser así se habrían admitido por los organismos europeos las garantía ofrecidas para obtenerla; lo cual evidencia queexistía un auténtico _ problema de solvencia que no constaba en la información ofrecida..."

-SAP Zaragoza sección 4 del 18 de septiembre de 2019 Sentencia: 226/2019 Recurso: 151/2019 Ponente: -, resolviendo la acción subsidiaria prevenida en los arts 38 y 124 del TR de la Ley de Mercado de Valores al invocarse que la entidad en sus cuentas anuales del ejercicio 2015 información que no reflejaba la imagen fiel del patrimonio, y el folleto de ampliación del capital en junio de 2016 tampoco reflejaba esa imagen fiel argumenta: *"En efecto si una entidad que cotiza en bolsa elabora sus cuentas anuales en términos que no recojan de manera adecuada su verdadero estado patrimonial y financiero pude generar en los inversores, sean consumidores o no, unas expectativas sobre su inversión engañosas, generando una apariencia de solidez, por solvencia o por liquidez, que no se corresponda a la realidad. Si además la adquisición en el mercado secundario oficial viene precedida por una emisión de acciones en el marco de una ampliación del capital, con una oferta pública a la que se apoya con un preceptivo folleto que recoge una situación patrimonial y financiera que no se ajusta a la realidad, con relevantes desviaciones, la responsabilidad civil es secuente a un juicio de previsibilidad en el comportamiento del inversor, considerando que en un juicio razonable de las cosas el inversor no hubiera adquirido un activo financiero emitido por una entidad financiera cuyas cuentas no reflejaban de manera fiel su verdadero estado financiero. Y más cuando esas desviaciones en las cuentas no podían pasar desapercibidas a la propia entidad.*

Y la relación de causalidad parece incuestionable. Primero porque al adquirir un inversor el activo financiero cuyo verdadero estado y por tanto riesgo desconoce, dado que ni la solvencia ni la liquidez del deudor es la deducidle de sus cuentas y balances, no se le puede transferir haciéndolo suyo el riesgo propio de fluctuación de todo activo financiero, cuando luego, incontestablemente ni la solvencia ni la tesorería correspondían a su estado real reflejadas en sus cuantas oficiales, terminando generando ese verdadero estado financiero, que el inversor no conoció, una minoración del valor del activo y el colapso financiero del emisor, obligando a la intervención de la autoridad bancaria europea.

En definitiva existe un daño y una evidente relación de causalidad."

-SAP Gerona sección 2 del 30 de octubre de 2019 Sentencia: 428/2019 Recurso: 632/2019 Ponente: -:

"DECIMOQUINTO. Sobre la acción indemnizatoria por daños y perjuicios derivados de la inexactitud de las cuentas presentadas por el Banco Popular, también se ha pronunciado este tribunal en lassentencias de 22 de julio, 28 de junio y 14 y 22 de octubre, todas de 2.019, a las que nos hemos remitido anteriormente.

En ellas decíamos:

"En cuanto a los presupuestos de la acción específica de responsabilidad por daños y perjuicios que mantiene la condición de principal respecto de las acciones adquiridas en el mercado secundario, no se puede sostener como propone la parte apelante que se trata de una acción específica de responsabilidad civil derivada del folleto, entre otros motivos porque la compra de enero de 2016 a la que se circunscribe la petición de daños y perjuicios, es anterior a la publicación del folleto de la ampliación de capital de mayo- junio 2016.

De ahí que atendiendo a lo dispuesto en el art. 1101 (LEG 1889\27) del (CC (LEG 1889\27)) en orden a la responsabilidad contractual, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella.

Respecto a la información a cargo de la entidad financiera, corresponde a la entidad bancaria demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a la ahora demandante de la naturaleza y características del producto, así como de las circunstancias que lo rodeaban, y en particular de las incertidumbres para el año 2016 que aconsejaban aplicar criterios muy estrictos que podrían dar lugar a provisiones o deterioros cuantiosos, acaecimientos determinantes para conformar un conocimiento cabal del cliente inversor.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo 7 del artículo 217 (RCL 2000\34#A.217) (LEC (RCL 2000\34), 962 y RCL 2001, 1892), en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía la operación que ofertó propiciando su contratación.

La entidad bancaria no ha demostrado que informara a la compradora de manera fiel, clara y completa de los avatares del Banco, activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones, que sólo podía resultar, aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario, de lo que se le informara al cliente, bien de forma personal o en el folleto informativo, que respecto a esta primera adquisición de acciones no era el folleto emitido posteriormente para la ampliación de mayo- junio 2016, puesto que la compra es anterior.

Y tratándose de una entidad que prestaba servicios en España, debía disponer de un sistema de información de datos y difundirlos mediante los informes anuales y financieros semestrales, que contemplan los arts 118 (RCL 2015\1659-1#A.118)y 119 (RCL 2015\1659) del TRLMV, con las

responsabilidades que establece el art 124.2 de daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los valores como consecuencia de la información no fiel proporcionada".

DECIMOSEXTO. Lo que acabamos de argumentar implica que el banco demandado, aún por unos argumentos distintos que los consignados en la sentencia apelada, también ha de responder, en este caso por daños y perjuicios, de la suscripción de derechos de adquisición de acciones del Banco Popular en el mercado secundario.

Cita a continuación la sentencia de la Sección Primera de la **Audiencia de Alava de 17 de junio de 2.019**, que, tras examinar de manera detallada la evolución de la realidad contable de la entidad a lo largo de varios ejercicios (2.012-2.017), concluye en la concurrencia de los presupuestos de las acciones de responsabilidad de los artículos 38 (RCL 2015\1659-1#A.38)y 124 (RCL 2015\1659-1#A.124)LMV.

Dice esta resolución:

"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 entidadfrente 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)."

El mismo criterio que la sentencia que acabamos de extractar mantienen las sentencias de laSección Decimoprimera de la Audiencia de Barcelona de 1 de octubre y 18 de junio de 2.019."

-En la misma línea la **SAP Gerona sección 1 del 06 de noviembre de 2019 Sentencia: 787/2019 Recurso: 502/2019 Ponente: -**

-Y, por último, **la SAP Madrid, Sección 8ª de fecha 20 de enero de 2010, sentencia n° 10/20, Pte: Ilmo. Sr.-***"el desenlace de esos acontecimientos desde la emisión de acciones en Mayo de 2.016, hasta esa intervención legal y venta forzada o más bien adjudicación gratuita o simbólica a esa última entidad bancaria, el transcurso de no más de doce meses, confirma que la situación transmitida en cuanto a su situación financiera al tiempo de la emisión del folleto, no era real, siendo inverosímil que el desfase en cuentas y resultados en tan corto espacio de tiempo se deba a la apreciación de distintos criterios contables de obligado cumplimiento, o exclusivamente a circunstancias sobrevenidas, por el hecho de haberse producido retirada de los depósitos de clientes, desencadenándose a partir de la oferta de la ampliación de capital y venta de acciones los verdaderos acontecimientos acordes con su realidad financiera, que se tratan de justificar dentro de la actividad ordinaria bancaria y decisiones descritas, produciéndose sin embargo finalmente el resultado reseñado de resolución de la entidad y pérdida patrimonial de los accionistas, siendo prueba de ello, además, que, desde el 13 de Julio de 2.017 hasta finales de ese año la entidad adquirente emitió la oferta de esa denominada "acción de fidelización" dirigida a los adquirentes de acciones u obligaciones subordinadas del Banco Popular, entre Mayo de 2.016y Junio de ese año, a cambio de la renuncia a ejercer cualquier acción legal frente al Banco Santander, en un claro intento de paliar los negativos efectos de una ampliación de capital y venta de acciones manifiestamente cuestionada, sumándose que el 19 de Octubre de 2.018, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, incoó expediente sancionador por infracción muy grave al Banco Popular, Consejeros Ejecutivos, miembros de la Comisión Auditora y Director Financiero, por el suministro a la CNMV de información financiera con datos inexactos o no veraces en las cuentas anuales de 2.016, como dato igualmente objetivo del que se infiere la conclusión antes apuntada, cuya expresa mención por ese órgano técnico e imparcial, y sin perjuicio del resultado que en el mismo se produzca, ya denota dentro del ámbito valorativo de la presente resolución, junto con los demás elementos y extremos analizados, la no veracidad del folleto e inexactitud determinante de una ampliación de capital y compra de acciones viciada en su origen.*

Interesa destacar que la anterior resolución se posiciona, asimismo, sobre las pruebas periciales para concluir lo siguiente:

"4ª) Ahora bien, se hace preciso constatar que, además de las anteriores consideraciones, desde el punto de vista de las pruebas periciales practicadas centradas más en la discusión técnico-contable con la evidente disparidad de criterios, posicionándose los peritos en respectivas conclusiones favorables de parte, sin embargo, constan aportados dos informes que revisten una objetiva imparcialidad y trascendencia confirmatoria de las anteriores conclusiones; así en primer término, obra en las actuaciones el Informe emitido por los Inspectores del Banco de España, Sres. Ruíz-Clavijo y Hernández Romeo, de 8 de Abril de 2.019, incorporado a las actuaciones seguidas en las Diligencias Previas 42/2017, del Juzgado de Instrucción n° 4 de la Audiencia Nacional, y a los efectos propios de esta jurisdicción civil, independientemente de la finalidad, objeto y resultado que produzcan en el ámbito de aquella jurisdicción penal, incorporado como documental en la vista del 23 de Abril de 2.019, y también aportado en el CD por la entidad demandada en este Rollo de Apelación, en el que establecen tres conclusiones principales: 1) La resolución o liquidación del Banco se debió a tres episodios de fugas de depósitos durante el segundo trimestre de 2.017, siendo el del 31 de Mayo el de especial gravedad; 2) En cuanto al cumplimiento con la normativa contable: Las cuentas anuales que se reflejan en el folleto de la ampliación de capital, no respetaban determinados aspectos de la normativa contable, en especial la clasificación de las operaciones refinanciadas en dudoso, y 3) Sobre la documentación en la que se asentó la ampliación de capital: algunas de las hipótesis para llegar a las estimaciones contenidas en el folleto eran demasiado optimistas, en especial la evolución prevista de dudosos, lo que unido a la baja cobertura planificada para los adjudicados, invalidaba las estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia de este documento.

En consecuencia, independientemente de que aquí no se juzgan las causas de resolución y venta de la entidad bancaria, y la posible causa desencadenante final de la misma cual fue la retirada de depósitos, centrándonos en la validez y eficacia de la situación financiera e información facilitada en el folleto, no cabe sólo hablar de incumplimiento de la normativa contable sobre la que se asentaban las cuentas y datos incluidos en el mismo, sino también y sin solución de continuidad, del "exceso de optimismo " vertido que no deja de ser eufemismo de datos no reales en las previsiones, en una valoración media razonable, exigibles a una entidad sumamente profesionalizada, desde una perspectiva más objetiva y técnica, sobre todo cuando de ello depende precisamente la compra de acciones por inversores, y cuando, a mayor abundamiento, los peritos señalan las causas concretas de ese excesivo optimismo, especialmente, la evolución prevista de dudosos y la baja cobertura planificada para los adjudicados, concluyendo que todo ello "invalidaba" aspectos esenciales de la información como eran las "estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia de este documento"; en definitiva confirman su inexactitud y no ser veraz, considerando a modo de epílogo, que dicho folleto carecía de solvencia.

En segundo lugar, corroborando el contenido y naturaleza de ese folleto respecto a su inexactitud y no ser veraz, por razón de los datos contenidos en cuanto al estado financiero y solvencia de la entidad, consta igualmente el Informe emitido por la CNMV de fecha 23 de Mayo de 2.018, documento n° 25 de la demanda, previo a la apertura del expediente sancionador incoado con fecha 19 de Octubre de 2.018, por infracción muy grave al Banco Popular, Consejeros Ejecutivos, miembros de la Comisión Auditora y Director Financiero, por el suministro a la CNMV de información financiera con datos inexactos o no veraces en las cuentas anuales de 2.016, cuyas conclusiones establecen "que la información financiera consolidada del Banco Popular del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiero patrimonial. De manera adicional, existen otros factores cualitativos que vienen a reforzar la conclusión sobre la gravedad, el impacto o la relevancia de los anteriores ajustes contables. De acuerdo con las informaciones suministradas por la propia Entidad a la CNMV con fecha 11 de octubre, al menos para el ajuste por insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos de la cartera crediticia que debe ser objetos de provisiones individualizadas, se confirmaría la intencionalidad de determinados altos directivos de la Entidad en incurrir en los referidos errores. Adicionalmente, la Entidad desglosó unas ratios de capital regulatorio mejores de las reales, por no haber deducido del capital regulatorio de la entidad determinadas financiaciones a clientes, por importe de 239 millones de euros, que se utilizaron para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevaba a cabo en mayo de 2016. Estas circunstancias, a nuestro juicio, deberían suponer la apertura de un expediente sancionador a la Entidad y sus órganos de administración y alta dirección por haber suministrado a la CNMV información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omite aspectos o datos relevantes (art. 282 (RCL 2015\1659-1#A.282)y 271 (RCL 2015\1659) del TRLMV)", todo lo cual evita mejor y más argumentación al respecto, independientemente también del resultado del expediente, al incluir este informe tanto indicios objetivos de la actuación, como datos técnicos y conclusiones razonables en la línea apuntada, que confirman la expresadas en la presente resolución."

Es cierta la existencia de un criterio jurisprudencial (adoptado en reuniones no jurisdiccionales de lo/as Magistrado/as de las Audiencias Provinciales de Asturias y Cantabria y seguido en diversas sentencias de los citados órganos jurisdiccionales) que sostiene que la normativa contenida en la (Directiva 2014/59/UE (LCEur 2014\1069)), (Reglamento UE n° 806/2014 (LCEur 2014\1445)) y (Ley 11/2015, de 18 de junio (RCL 2015\914), 1362) entran en conflicto con la acción de responsabilidad del emisor, sea por la responsabilidad del folleto del art. 38, sea por la derivada de omisión o información incorrecta del art. 124 (RCL 2015\1659-1#A.124)LMV -o incluso cualquier otra genérica de responsabilidad civil- , conflicto que, a juicio de dichas Audiencias, debe ser resuelto mediante la primacía de esta última normativa (por ser especial y posterior en el tiempo), remitiendo a los accionistas que se creyeran perjudicados por la decisión de la JUR al procedimiento contencioso-administrativo. Criterio éste que dichas Audiencias extienden también a la acción de nulidad del art. 1301 (LEG 1889\27#A.1301)CC respecto de los accionistas que adquirieron los títulos en el mercado primario, entendiendo que el posible

deber de restitución de la entidad bancaria deja de existir tras el instrumento de resolución aplicado por el FROP en su resolución de 7.6.2017. Sin embargo, el análisis jurisprudencial realizado supra lleva a entender mayoritario aquel otro criterio que ha venido a otorgar legitimación pasiva a la entidad emisora frente a las pretensiones deducidas por los accionistas en ejercicio tanto de la acción de nulidad por vicio del consentimiento (si la adquisición se produjo en el mercado primario), como de la acción de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones informativas exigidas por la LMV (arts. 38 y 124).

En definitiva, la información inexacta a la que se ha hecho referencia supra se encuentra causalmente conectada con el daño sufrido en dos ámbitos: primeramente, porque la decisión de invertir se basa 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). Y 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 constatara la inviabilidad del banco, la amortización de las acciones de la entidad, incluidas las de la demandante, con la consiguiente pérdida de la inversión.

Por las razones expuestas supra, forzoso es concluir que, residiendo la razón de la contratación en que el inversor confió, de buena fe, en la solvencia de la entidad en la que invertía, conforme a la imagen que ésta ofreció, primeramente, a través del Folleto y después a través de la información periódica acerca de su situación económico- financiera, y siendo que tal imagen no era fiel reflejo de la verdadera situación financiera por la que atravesaba la entidad, la demanda no puede sino merecer favorable acogida.

Resta insistir en que, si bien el demandante adquirió las acciones en el mercado secundario, las compras se realizaron mientras la entidad, hasta el mismo día 6 de junio de 2017, siguió ofreciendo a sus inversores una imagen de viabilidad.

Como ya ha quedado dicho, en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una "acción" y el modo de fluctuar su valor, siendo finalidad de todo inversor en dicho producto la de comprar al precio lo más bajo posible para vender cuando el precio es más elevado. No puede, por tanto, reprocharse la conducta de quien adquiere las acciones cuando la cotización de las mismas baja con la finalidad de obtener, después, un beneficio con su venta una vez se eleve su cotización. Pero, como también ha quedado dicho, para ello ha de partirse de que la entidad ofrece al mercado una información fidedigna, siendo que, en este caso, las acciones se adquieren cuando la entidad había desmentido de manera reiterada que atravesara por dificultades tales que, sin embargo, avocaron a su resolución.

SEXTOCuantía de la indemnización

Consecuencia de cuanto se ha expuesto anteriormente es, pues, la estimación de la pretensión ejercitada por la parte actora, de responsabilidad de la entidad emisora (BANCO POPULAR, hoy BANCO SANTANDER) al amparo de lo dispuesto en los arts. 38 (RCL 2015\1659-1#A.38)y 124 (RCL

2015\1659-1#A.124) (TRLMV (RCL 2015\1659), 1994), debiendo ser la consecuencia inherente a tal pronunciamiento la indemnizatoria de los daños y perjuicios sufridos por la actora, siendo que la pérdida sufrida por el inversor se corresponde con la totalidad de la inversión, que deberá minorarse, en su caso, con las cantidades que hubiera recibido de la demandada en razón de las citadas acciones.

Así, v.gr. la (sentencia del Tribunal Supremo 81/2018, de 14 de febrero (RJ 2018\469)) (que aborda la cuestión de cómo se debe calcular la indemnización por responsabilidad contractual en la comercialización de un producto financiero complejo), resuelve que a la hora de liquidar los daños hay que detraer las ventajas obtenidas. El daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor al que ha quedado reducido el producto y los intereses cobrados.

En efecto, si una relación contractual produce al mismo tiempo un daño y una ventaja deben compensarse entre sí. Por lógica jurídica, no es admisible que el contratante cumplidor quede patrimonialmente en mejor situación con el incumplimiento que con el cumplimiento. Ahora bien, se detraerán aquellas ventajas obtenidas por el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste. El Tribunal Supremo, a tal fin, saca a colación el artículo 1106 (LEG 1889\27) del (Código Civil (LEG 1889\27)), conforme al cual el daño resarcible se corresponde con el perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual debe tenerse en cuenta el lucro o provecho obtenido.

Criterio que se reitera en la (STS 382/2019, 2 de Julio de 2019 (RJ 2019\2651)) Número de Recurso: 501/2017, Ponente: -: “En efecto, es jurisprudencia reiterada de esta sala, a partir de las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero, que en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional”

SÉPTIMOCostas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 (RCL 2000\34) de la (Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34), 962 y RCL 2001, 1892), se imponen a la demandada las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D./Dña.-, en nombre y representación de D./DÑA.-, en los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos contra BANCO SANTANDER S.A., se DECLARA la responsabilidad de la demandada por incumplimiento de las obligaciones informativas impuestas por la (Ley del Mercado de Valores (RCL 2015\1659), 1994), condenando a BANCO SANTANDER S.A. a indemnizar a la demandante en los daños y perjuicios causados, que se fijan en la suma de 57.865,26 €, más los intereses legales devengados desde la fecha

de la reclamación extrajudicial, minorada, en su caso, con las cantidades que hubiera recibido de la demandada en razón de las citadas acciones.

Y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

De conformidad con la Disposición Adicional decimoquinta (RCL 1985\1578) de la L.O.P.J., introducida por la (L.O. 1/09 (RCL 2009\2089)), para formular dicho recurso de apelación contra la presente resolución, la parte recurrente deberá consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, la cantidad de 50 euros en concepto de "deposito para recurrir en apelación" debiendo acompañar el justificante de ingreso junto con el escrito de interposición del recurso, advirtiéndose a las partes que no se admitirá ningún recurso cuyo deposito no esté constituido (d.a decimoquinta numero 7).

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Móstoles.