ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
LOGROÑO

SENTENCIA: 00254/2021

JUICIO ORDINARIO Nº 1.390/2019 -V

S E N T E N C I A Nº 254 / 2021

En Logroño, a veinte de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos por la **Ilma Sra Dª XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,** Magistrado Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de esta ciudad y su partido, los autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo número 1.390 del año 2019, a instancia de la mercantil XXXXXXXXXXX, S.L.,representada por la Procuradora Dª XXXXXXXXXXXX y asistida por el Letrado D. Sami Khalil Fernández, contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora Dª XXXXXXXXXXXXXXX y asistida por la Letrada Dª XXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, sustituidasen la audiencia previa por el Letrado XXXXXXXXXXXX y en el juicio por el Letrado XXXXXXXXXXXXXX, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra XXXXXXXXX, obrando en la representación indicada y mediante escrito que correspondió en turno a este Juzgado, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra la entidad Banco Santander S.A., en la que, tras exponer los hechos y los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminaba solicitando se dictara en su día Sentencia con los pronunciamientos siguientes:

"a)La anulabilidad de los contratos y órdenes de suscripción establecidos por las partes relativos a la adquisición de derechos de suscripción de acciones, así como a la adquisición de 59.007acciones de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. adquiridas por parte de mi

Firmado por: M. MAR MARTIN AGUDO
16/09/2021 12:38
Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:wdVp-Da3z-bxNt-vyyP-Q Puede vericar este documento en https://administraciondejusticia.gob.es

representada, por existir vicio en el consentimiento(tanto en su modalidad de error como por dolo reticente y directo) sobre la solvencia de Ia entidad bancaria; ya que si el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. no hubiera publicado información inveraz y no cierta relativa a su situación patrimonial, contable y financiera, mi representada jamás hubiese adquirido dichos derechos de suscripción de acciones, ni dichas acciones. Y como consecuencia de dicha anulabilidad, se acuerde la restitución recíproca de las prestaciones y se condene a la demandada al reintegro a la parte actora dela cantidad de invertida por mi representada en la compra de los derechos de suscripción de acciones y en la adquisición de las acciones(que fue un total de 101.617,78 €)menos la cantidad obtenida por mi representada por la venta de las 59.007acciones(que fue de 42.721,07 €), esto es, se condene a la demandada al pago de la cantidad de 58.896,71 €(CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO)incrementada en los intereses correspondientes por el nominal invertido desde el principio de las adquisiciones y calculado según elinterés legal anual del dinero. Todo ello con expresa condena al pagoa la parte demandada de todas las costas causadas en este procedimiento.

b)Subsidiariamente, la indemnización de daños y perjuicios por lafalta de veracidad de la información ofrecida por el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. o falta de advertencia del riesgo de resolución o asignación de pérdidas por una autoridad administrativa. Y como consecuencia de ello se condene a la demandada a indemnizar a la parte actora con el importe de 58.896,71 €(CINCUENTAY OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO),que es el valor de adquisición de los derechosde suscripción y de las59.007accionesmenos la cantidad obtenida por mi representada por la venta de las 59.007acciones, incrementado dicho importe en el interés legal del dinero desde las fechas de adquisición. Todo ello con expresa condena al pago a la parte demandada de todas lascostas causadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada. Por la Procuradora Sra XXXXXXXXXXXX, en nombre y representación de Banco Santander S.A., se presentó escrito de contestación a la demanda en la que, con base en los hechos y en los fundamentos de Derecho que estimó oportunos, terminaba solicitando se suspendiera el curso de las actuaciones por prejudicialidad penal, y, subsidiariamente, se decretara el archivo de las

actuaciones por falta de legitimación pasiva de la demandada; y, subsidiariamente, desestimara íntegramente la demanda y absolviera a la demandada de todos los pedimentos y pretensiones de la misma, con expresa imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Oída la otra parte y el Ministerio Fiscal, se dictó Auto denegando la suspensión interesada del procedimiento, no apreciándose prejudicialidad penal. La suspensión por prejudicialidad civil fue denegada por Auto de 9 de diciembre de 2020.

CUARTO.- La audiencia previa se celebró el día 14 de diciembre de2020, con el resultado que obra en el acta digital.

QUINTO.- El juicio se celebró el día 13de septiembre de 2021, practicándose las pruebas admitidas, tras lo cual las partes formularon sus respectivas conclusiones, quedando finalmente el Juicio visto para Sentencia.

SEXTO.- En la sustanciación del proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, la parte actora ejercita acción interesando, con carácter principal la anulabilidad, por vicio deconsentimiento por error y dolo de los contratos de adquisición de derechosde suscripción preferente de acciones de 2/6/2016 (por importes de 11.359,13 y 16.499,90 euros) y del contrato de adquisición de acciones de 20/6/2016 (por importe de 73.758,75 euros) con ocasión de la ampliación de capital llevada a cabo por Banco Popular entre los meses de mayo y junio de 2016, alno reflejar el Folleto Informativo del aumento de capital la verdadera situación de la entidad bancaria. Y, habiendo vendido las acciones en fecha 5/5/2017 por importe de 42.721,07 euros, solicita que se condene a la demandada al pago a la demandante del importe total de 58.896,71 euros, con los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición de los títulos.

Con carácter subsidiario, la demandante ejercita acción indemnizatoria por incumplimiento por la entidad bancaria de la Ley de Mercado de Valores y normativa relacionada, y, en concreto, por la responsabilidad derivada del contenido del Folleto informativo y por el incumplimiento de los deberes de información.

La demandada alega, en primer lugar, la existencia de prejudicialidadpenal, por la instrucción penal que se viene desarrollando, entre otros tipos penales, por falsificación de cuentas anuales en la Audiencia Nacional respecto a la aquí demandada.

En cuanto al fondo del asunto, en síntesis, la demandada alega falta de legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad relativa a la contratación de la adquisición de los derechos de suscripción preferente que lademandante adquirió en el mercado secundario, a terceros distintos de la demandada, en junio de 2016. Asimismo, se opone a la acción de anulabilidadpor error en el consentimiento ni por dolo al entender que ello no resulta de aplicación, pues el Código Civil sólo opera de manera supletoria en la contratación mercantil, de manera que la concreta acción de responsabilidad ex art. 38.3 LMV desplazaría la aplicabilidad hipotética de otros remedios como la anulabilidad ejercitada.

No obstante, en cualquier caso, la parte demandada niega la existencia de vicio de consentimiento, ni por error –que, en cualquier caso, considera que sería inexcusable- ni por dolo, señalando que la parte demandante estuvo informada al suscribir el contrato, habiéndose facilitado el folleto en el que se recogían todos los riesgos existentes, habiendo actuado Banco Popular entodo momento de buena fe y conforme a la normativa vigente.

Asimismo, la demandada señala que la información ofrecida por la entidad en su ampliación de capital fue veraz porque se realizó utilizando los criterios contables vigentes a la fecha de su realización, correspondiéndose con la realidad económica de la entidad financiera en aquel momento, señalando que las circunstancias que propiciaron el descenso del precio de la acción no guardan relación con la información contenida en el folleto de la ampliación de capital de 2016 ni con la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016, imputando esa bajada fundamentalmente a la fuga masiva de depósitos. Sostiene que el Folleto –que fue con anterioridad supervisado y aprobado por la CNMV- y las Cuentas reflejaban una imagen fiel de la entidad, siendo sometidas a auditoría. Asimismo, alega que las acciones no son productos

complejos, siendo un hecho notorio y comúnmente conocido y aceptado por cualquier ciudadano que la inversión en acciones admitidas a cotización lleva aparejado el riesgo de fluctuación de su valor en el mercado continuo, siendo esa fluctuación consustancial a este tipo de bienes, habiéndose hecho constar en el folleto informativo la existencia de riesgos.

El tema de la prejudicialidad penal fue resuelto por Auto de fecha 16 de enero de 2020, denegándose la suspensión del procedimiento al no apreciarse la existencia de cuestión prejudicial penal.

La suspensión por prejudicialidad civil fue denegada por Auto de 9 de diciembre de 2020.

SEGUNDO.- Como se ha indicado, la parte demandada opone la excepción de falta de legitimación pasiva en relación a la acción de anulabilidad, tanto con respecto a los contratos de adquisición de derechos de suscripción preferente que la demandante adquirió en el mercado secundario a terceros distintos de la demandada –suscritos el 2 de junio de 2016- como conrespecto a los contratos de adquisición de acciones en la ampliación directamente a Banco Popular el 20/6/2016.

Este mismo supuesto es analizado por **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de febrero de 2020**, que viene referido a la legitimación pasiva en relación a la acción de anulabilidad tanto en el contrato de adquisición de derechos preferentes como en el contrato de adquisición de acciones en la ampliación. Así, dicha resolución señala lo siguiente:

"Examinaremos seguidamente la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida para oponerse a la acción de anulabilidad del contrato de adquisición del derecho de suscripción preferente recordando que todo aumento de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o denuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, dará derecho a cada socio a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea, pues así resulta del artículo 304 del R.D. Leg. 1/2010 por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ese derecho es transmisible a tercero en las mismas condiciones que las acciones, pero es obvio que quien vende es el socio, no la sociedad, y por tanto debe convenirse con el recurrente que el Banco no está legitimado pasivamente para soportar la acción de nulidad de la compra de ese derecho

de suscripción preferente de las nuevas acciones emitidas con motivo de la ampliación del capital del Banco Popular Español.

Así resulta de la sentencia del Pleno del TS de 27 de junio de 2019 en la que se acabó concluyendo que la legitimación pasiva solo corresponde al vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno.

Esa misma sentencia admite que el Tribunal Supremo ha flexibilizado este requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015 ; 625/2016, de 24 de octubre ; 71 8/2016, de 1 de diciembre ; 477/2017, de 20 de julio ; y 10/2019, de 11 de enero), pero puntualiza que dicha jurisprudencia solo se ha aplicado a productos financieros complejos, entre los que no se encuentra la compraventa de acciones que cotizan en bolsa, y explica que la razón por la ha reconocido en esos casos legitimación pasiva al banco intermediario "ha sido que el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite -como sí sucede en lacompraventa bursátil de acciones cotizadas-, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisióndel agente."

Así pues, esa sería razón bastante para aceptar el primer motivo del recurso y, a la inversa, ratificaría a priori la legitimación pasiva del Banco emisor para soportar la acción de anulabilidad de los contratos de suscripción de nuevas acciones, que sí se concertó directamente entre el particular y el Banco; ello no obstante dedicaremos el ordinal siguiente a este particular en razón al hecho diferencial de que el demandado en aquel pleito no había sido sometido a las medidas previstas en la Ley 11/2015, de18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión".

Aplicando los argumentos expuestos, procede estimar la excepción de falta de legitimación pasiva en relación a la acción de anulabilidad referida al contrato relativo a la adquisición de derechos de suscripción preferente de acciones -y ello sin perjuicio de lo que pueda acordarse en esta Sentencia en

relación a las acciones subsidiarias ejercitadas-, sí teniendo en cambio legitimación pasiva en relación a la acción de nulidad relativa con respecto al contrato de adquisición de acciones de 20/6/2020.

TERCERO.- Considerando, por tanto, que la demandada sí tiene legitimación pasiva con respecto a la acción de anulabilidad en relación al contrato de adquisición de acciones de fecha 20 de junio de 2016, procede analizar si concurre o no causa para estimar la nulidad relativa solicitada.

El artículo 1.265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, se entiende que la Ley en esos supuestos, a pesar de estar utilizando el término de nulidad, se refiere a la anulabilidad.

Según el artículo 1.269 del Código Civil, *"hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"*.

Al dolo como vicio del consentimiento se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2012, que se pronuncia en los siguientes términos:

"El dolo en la formación del contrato constituye un vicio del consentimiento con entidad para anularlo - artículos 1269, 1270, párrafo primero, y 1300 del Código Civil-. Presupone la actividad, intencionadamente desplegada por una de las partes, para captar la voluntad de la otra – las "palabras o maquinaciones insidiosas" a que se refiere el artículo 1269 - y el efecto de generar en ella una representación fraudulenta de la realidad- induciéndola "a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría celebrado", en palabras del mismo artículo 1269 -.

Aunque el repetido artículo, siguiendo el antecedente representado por el 1282 del Anteproyecto de 1882-1888 y el 992 del Proyecto 1851, así como por la Partida 7.16.1 y el Digesto 4.3.1.2 - que recoge como verdadera la definición de Labeón, según la que "dolum malum esse omnen callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitiam": dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro -, sólo contempla como elemento causal del dolo "in contrahendo" una conducta positiva, en forma de palabras o maquinaciones, la jurisprudencia admite también una manifestación negativa, en forma de reticencia u ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las

exigencias de la buena fe, el contratante que guarda silencio debía haber comunicado al otro - sentencias de 21 de junio de 1978, 26 de octubre de 1981, 18 de julio de 1988, 27 de marzo de 1989, 9 de julio de 1985, 18 de julio de 1988, 28 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 31 de diciembre de 1998, 569/2003, de 11 de junio, 1279/2006, de 11 de diciembre, 747/2007, de 3 de julio, 233/2009, de 26 de marzo, 289/2009, de 5 de mayo, 30/2010, de 16 de febrero, 129/2010, de 5 de marzo, entre otras muchas -.

En todo caso, exige el artículo 1270 del Código Civil que el dolo, para que produzca la anulación del contrato, sea grave, en el sentido de determinante de su celebración - sentencias de 20 de junio de 1973, 1279/2006, de 11 de diciembre, 747/2007, de 3 de julio, 30/2010, de 16 de febrero -, a lo que añade la jurisprudencia la necesidad de que se pruebe - sentencia de 21 de junio de 1978, 27 de marzo de 1989, 233/2009, de 26 de marzo -.

Hay que señalar, a los efectos del recurso de casación, que se trata de una cuestión tanto de hecho como de derecho, ya que afirmar el dolo impone una calificación jurídica a partir de los datos fácticos afirmados en la instancia - sentencias de 30 de junio de 1988, 27 de marzo de 1989, 28 de noviembre de 1989, 21 de julio de 1993, 23 de junio de 1994, 192/2008, de 10 de marzo, 233/2009, de 26 de marzo -.

Por último, la carga procesal de demostrar la concurrencia del dolo recae sobre quien lo alega - sentencias de 20 de junio de 1973, 819/1993, de 21 de julio –.".

En cuanto al error como vicio del consentimiento, el artículo 1.266 del Código Civil establece que *"para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".* Según reiterada Jurisprudencia, el error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y viene exigiendo para su concurrencia que se trate de un error esencial, sustancial y excusable.

Así, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004 *"con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 (RJ 2002\7145) recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil (LEG 1889\27) y establece que «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la*

finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero [RJ 1994\1096] y 3 de marzo de 1994 [RJ 1994\1645])».”

CUARTO.- En relación a los contratos de suscripción de acciones en Bolsa, debe reconocerse que es cierto que el ciudadano medio conoce que las acciones son productos con riesgo, en cuya inversión se puede ganar pero también perder.

Ahora bien, el fundamento de la acción ejercitada no es la complejidad o desconocimiento de esta circunstancia –que es, por otra parte, una característica de este producto- sino la forma en que se produjo la oferta de suscripción en la ampliación de capital. Así, la demandante sostiene que esta oferta se realizó transmitiendo una imagen de solvencia de la entidad y de previsibilidad de rentabilidad económica basado en unos estados financieros que, poco después, resultó, según indica, no corresponderse con la realidad.

En este sentido, como señaló en su día la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, “s*i en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre , tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones*".

En consecuencia, aunque las acciones no se califiquen como un producto complejo, ello no exime a la entidad bancaria del cumplimiento, en el caso de que haga una oferta pública de acciones, de proporcionar información clara y comprensible sobre la realidad de la entidad financiera, de manera que como indica el art. 37 LMV *“la información del folleto deberá permitir a los*

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

La normativa sobre esta cuestión y la importancia del folleto y de la veracidad de su contenido es expuesta, entre otras, en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de enero de 2019**:

"Respecto a la normativa aplicable para la decisión de si el folleto informativo facilitado por la demandada reflejaba la imagen fiel de la entidad debe tenerse presente que el art. 34 de la ley del Mercado de Valoresdispone que "1. El registro previo y la publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores será obligatorio para:

a) La realización de una oferta pública de venta o suscripción de valores.

b) La admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, reglamentariamente se establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza delemisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas.

3. A las ofertas públicas de venta o suscripción de valores no exceptuadas de la obligación de publicar un folleto informativo se les aplicará toda la regulación relativa a la admisión a negociación de valoresen mercados regulados contenida en este título, con las adaptaciones y excepciones que reglamentariamente se determinen. A estos efectos se tendrá en cuenta que a las ofertas públicas de venta o suscripción de valores podrá no aplicárseles el artículo 33.3".

Por su parte, el art. 37 de la referida ley prevé que "1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

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

Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

2. El folleto deberá ser suscrito por persona con poder para obligar al emisor de los valores.

3. Excepto para admisiones a negociación de valores no participativos cuyo valor nominal unitario sea igual o superior a 100.000 euros, el folleto contendrá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la informaciónfundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierteno no en dichos valores.

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

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

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

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

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

d) Información sobre la admisión a cotización.

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

5. Asimismo, en el resumen al que se refiere el apartado 3 se advertirá que:

1. º Debe leerse como introducción al folleto.

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

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

6. Mediante orden ministerial se regulará el contenido de los distintos tipos de folletos y se especificarán las excepciones a la obligación de incluir determinada información, correspondiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores autorizar tal omisión. Previa habilitación expresa, la citada Comisión podrá desarrollar o actualizar el contenido de la orden.

También corresponderá al Ministro de Economía y Competitividad y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la determinación de los modelos para los distintos tipos de folletos, de los documentos que deberán acompañarse y de los supuestos en que la información contenida en el folleto pueda incorporarse por referencia."

Además la entidad emisora debe tener presente lo establecido en el título II del Real Deceto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, en que se regulan todas las cuestiones relativas al folleto informativo.

Por lo que se refiere a la errónea información del folleto informativo y la posibilidad de que la misma comporte la existencia de vicio de consentimiento, en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 relativa al folleto informativo de Bankia se dice que "El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria." Y "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 cuya acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversosámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esainformación 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.

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

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital.

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

En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

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

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad

por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacersecargo de las mismas.

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

El folleto debe informar así a los posibles inversores sobre la oportunidad de suscribir el producto emitido, conociendo los riesgos que dicha decisión pueda comportar, siendo dicha información absolutamente imprescindible cuando quien pretende invertir no ostenta la condición de inversor profesional, ni dispone de elementos que le permitan contrastar la veracidad de la información suministrada. De esta forma, si el folleto informativo, entre otras cuestiones, debe advertir de la situación económica de la entidad bancaria no cabe exigir al inversor que contraste la información facilitada con otros datos a los que no tiene acceso directo o que pueden requerir conocimientos específicos para verificar previamente a la contratación que los datos que obran en el folleto informativo se corresponden con la situación real de la entidad.

De conformidad con ello el conocimiento del actor sobre los 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 sólo podía resultar de lo que se hiciese constar en el folleto informativo, complementado, en su caso, con la información ofrecida por el empleado de la entidad bancaria con el que se formalizó la suscripción del producto".

En este mismo sentido se viene a pronunciar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 7 de febrero de 2019**:

"1. La Ley de Mercado de Valores (hoy Texto refundido de la Ley delMercado de Valores 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 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 y ss. TRLMV).

3. Una Oferta Pública de Suscripción de Valores (OPS), de acuerdo a los arts. 35.1 TRLMV es " toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términosde 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 derivativaque 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.

El art. 37.1 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. En tal sentido, el carácter informativo decisivo del folleto se puso de manifiesto en las sentencias 23/2016 y 24/2016 de 3 de febrero de 2016 dictadas por el Tribunal Supremo (" Caso Bankia ") al indicar que tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad

una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública.

Máxime, se recordaba, si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria. Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto no es tan relevante, se decía, 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.

QUINTO.- Dicho cuanto antecede, debe analizarse si, en el presente supuesto, la información proporcionada en el folleto cumplía con los requisitos legales y, por tanto, transmitía una imagen fiel de la realidad económica de la entidad.

En este sentido, merece destacarse diversas resoluciones que exponen de manera clara la relación de hechos acaecida en relación a la oferta pública de suscripción de acciones llevada a cabo por el Banco Popular en el año 2016, y el contenido de la misma.

En primer lugar, se va a reproducir parte de la ya mencionada **Sentencia de 7 de febrero de 2019 de la Audiencia Provincial de Cantabria**, por la exposición tan clara que hace de la cuestión:

"Hechos determinantes de la resolución de la Sala.

1. En la labor que corresponde a este tribunal, con plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), ha de advertirse -como se indicará a continuación- que existen una serie de hechos que no han sido objeto de controversia porque las partes los aceptan o, en otro caso, son notorios o se deducen sin dificultad de lo actuado.

2. El actor adquirió 5731 acciones del Banco Popular Español, S.A., desembolsando 2.294,50 euros, el 2 de junio de 2016, en el ámbito de la

oferta pública de suscripción de acciones (en adelante, OPS) de dicha entidad. El origen se encontraba en la ampliación de capital acordada por sujunta general de 11 de abril de 2016 y concretada y ejecutada en la reunión del órgano de administración de 25 de mayo de 2016.

3. 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 " (documento nº 5 de la contestación), 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 ".

4. 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 en2013, 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.

5. Tras los resultados negativos del tercer y cuarto trimestre del año 2016, se publica una nota de prensa el 3 de febrero de 2017 por el Banco en el que se informa de que en el ejercicio 2016 se registra como resultado una pérdida contable de 3.495 millones de euros, indicando que se ha cubierto con el importe obtenido en la ampliación de capital y con su exceso de capital, de un lado, y que la solvencia se mantiene muy por encima de los mínimos regulatorios, del otro.

6. La junta general extraordinaria de 20 de febrero de 2017 aprueba el nombramiento de un nuevo consejero ejecutivo del Banco. Con posterioridad es designado presidente al que acompaña un nuevo consejero delegado y cambios en el órgano de administración.

7. 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.

8. 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.

9. En la nota de prensa de 5 de mayo en que se informa del resultado se consigna que, a cierre de marzo, " 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% ".

10. El Banco comunica el 11 de mayo de 2017 un hecho relevante a la CNMV en el que desmiente categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco, que exista un riesgo de quiebra o que el Presidente del Consejo de Administración haya comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos. Se insiste, esencialmente, en el mismo contenido en el hecho relevante comunicado el 15 de mayo de 2017

11. Tras la sucesión de varios hechos relevantes a la CNMV sobre rebaja de las calificaciones a largo y corto plazo de la entidad por la agencias de calificación, se comunica el 6 de junio de 2017 al Banco Central Europeo que el Banco ha agotado su liquidez y que al día siguiente no podría desempeñar su actividad.

12. Tras la comunicación realizada por el BCE, la Junta Única de Resolución (en adelante, JUR) el 6 de junio de 2017 decide " 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 ". 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 ".

13. El 7 de junio de 2017 el FROB, resuelve amortizar la totalidad de las acciones. 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. Los accionistas dejaron de ser titulares. Se acuerda su venta al Banco Santander, S.A. por un euro.

14. No consta que, hasta el momento, la JUR haya desvelado el contenido, total o parcial, del informe inicial y/o los sucesivos encargados".

Como consecuencia de ello, la citada Sentencia concluye:

"7. Puestos los antecedentes al servicio del supuesto objeto de recurso, la Sala, avanzamos ya, no va a llegar a otra conclusión distinta que la del juez de instancia. Destacamos ahora como conclusiones parciales relevantes que encaminan la apreciación final: (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; (ii) que la evolución proyectada del negocio, optimista entonces, se topa con un deterioro radical de sus resultados, con inicio prácticamente al cubrirse la ampliación por 2.505.500.000 euros, pues si 93.611 miles de euros fueron los beneficios declarados en el primer trimestre del año 2016, la pérdida contable al cierre de las cuentas del año 2016 era ya de 3.485 millones de euros, pérdida que se reitera en el primer trimestre del año 2017 (137 millones de euros); (iii) que el más negativo de los augurios que en el folleto se indicaba fue clara y radicalmente superado, pues a pesar de explicar que se iba a aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, en la peor de las situaciones se pronosticaban pérdidas contables valoradas en 2.000 millones de euros para el año 2016 -que quedarían cubiertas en todo caso por la ampliación de capital- cuando el resultado ofreció una pérdida contable de 3.495 millones de euros, y que implicó la necesidad de "reexpresar" las cuentas con el resulta indicado; (v) y que, en fin, si la causa de la descapitalización que provocó la intervención de la JUR hubiera sido, como causa única que la explique, una retirada masiva de fondosauspiciada por las noticias sobre la evolución del banco, no podemos entender que en el hecho relevante que se comunica a la CNMV el 11 demayo de 2017 -días antes de la resolución, en el que también se indica que noexiste riesgo de quiebra del banco- se indicara que era falso que existieran datos de la Asociación Española de la Banca que indicaran que había perdido, solo en el mes de enero, 6.000 millones de euros en depósitos.

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 históricaque 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 reflejanlos 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.

QUINTO: Consecuencias de las graves inexactitudes del folleto.

1. Las SSTS 23/2016 y 24/2016 de 3 de febrero de 2016 , indicaron que el hecho de que se hayan adquirido acciones de una sociedad anónima no constituye un obstáculo para la apreciación de la existencia de un error vicio en la suscripción aunque ello produzca, como consecuencia, la nulidad de la misma.

(…)

3. La consideración del error -junto a la violencia, intimidación y el dolo- como elemento causante de la nulidad del consentimiento (art. 1265 y 1266 CC) implica una falta de representación de la realidad, por partir de una ignorancia o una creencia inexacta. Los requisitos fundamentales son dos y ambos se cumplen:

(i) Debe ser esencial, en el sentido de proyectarse sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de constituir la causa concreta o de motivos incorporados a la causa. La representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal formaque, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada del eventual resultado no tendría la consideración de error. Sin embargo, aquí, el conocimiento por el adquirente del componente aleatorio en que se desenvuelve la cotización de una acción en un mercado secundario no puede suponer que admita un riesgo catastrófico, como solo puede ser calificado el que se produjo con el resultado de pérdida completa de la inversión en un corto espacio de tiempo.

(ii) Y debe ser excusable. El ordenamiento no puede proteger a quien no lo merece por su propia conducta negligente. La jurisprudencia valora la

conducta del ignorante o equivocado, como solo puede ser calificado el hoy actor; de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible por las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En definitiva, como ahora ocurre, en la situación de conflicto debe protegerse a la parte que confía en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

4. El efecto de la nulidad es la restitución, por imponerlo el art. 1.303 CC , con el propósito de borrar los efectos del contrato, reinstaurando la situación anterior al mismo como si éste no hubiera existido. Consecuencia de ello es que la valoración de las cosas que han de restituirse no constituye el fundamento de la acción de nulidad, sino la consecuencia de su ejercicio.

El art. 1.303 CC impone que deban restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. Ello implica -con carácter general en la declaración de invalidez de los contratos sobre instrumentos financieros, como reiteradamente ha declarado esta Sala- como consecuencia, por un lado, la obligación de la entidad bancaria de devolverel principal invertido y los frutos que el capital ha generado -es decir, el interés legal devengado desde la orden de compra- como medio de lograr un justo reintegro patrimonial; del otro, el deber de la parte actora de reintegrar a la parte demandada, como método para lograr la real restitución de las cantidades entregadas por ambas partes, la totalidad de los importes brutos - el importe que la parte demandada realmente satisfizo con cargo a su patrimonio- abonados como intereses, rendimientos o dividendos durante el periodo de vigencia del producto contratado -si existieron- y los propios títulos entregados.

5. No obstante, la pérdida completa declarada del valor de sus acciones, como de su propia eficacia como elemento representativo del capital, hace inviable que deba el actor devolver importe o título alguno, como tampoco realizar ninguna prestación propia de la relación de liquidación. Será, en consecuencia, el banco quien deba restituir el importe entregado por lacompra de las acciones".

También merece destacarse la exposición de hechos y conclusiones recogidas **<u>en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de noviembre de 2018</u>**:

*<<**12.-** Son hechos que la sentencia de instancia declara expresamente probados por ser notorios, conforme al art. 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y que no han sido combatidos ni por*

el recurrente al apelar, ni por el apelado al contestar el recurso, los siguientes que se reproducen literalmente:

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

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

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

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

el riesgo de reputación... Por último en el folleto se aludía al riesgo regulatorio y concretamente al MUR (riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa que es lo que ha ocurrido).

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

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

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

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

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

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

12.11.- El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 " la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" . Y la JUR decide el mismo día " declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma" , al valorar que el Banco Popular " está en graves

dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público" . Ello supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

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

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

12.14.- En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Rafaela, presidenta de la Junta Única de Resolución que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander. Algunos medios de comunicación refieren que el informe contiene una valoración en tres escenarios. En el más perjudicial el valor de la entidad sería de -8.200 millones de €, en el intermedio -2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

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

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

solicita que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander.

12.17.- El 30 de octubre de 2017 un acreedor del Banco Popular solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid la declaración de concurso necesario de tal entidad, que se admitió a trámite y fue rechazada el13 de noviembre.

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

(...)

19.- *Las cuentas del banco y el folleto, al momento de acometerse la ampliación de capital que da lugar a la oferta pública de adquisición de acciones, permiten difundir públicamente una información que tenían encuenta los inversores para decidirse a suscribirla. Este efecto de "diseminación" de la información que se facilita en el folleto de una oferta pública de esta clase se ha puesto de manifiesto en STS 23/2016, de 3 febrero, rec. 541/2015 . De manera que leído o no el folleto por el adquirente,lo que propició el folleto es un conocimiento general de la situación de la entidad, de los riesgos que apuntaba, y de las expectativas que sugería.*

20.- *Si las cuentas y el folleto facilitan datos correctos, no hay base para el pretendido error. Pero mantiene el apelante, con apoyo en los hechos probados de la sentencia recurrida, que en apenas un año una entidad que se presentaba solvente desapareció. Donde había expectativas de beneficios y dividendos, se pasa a pérdidas de tal magnitud que han supuesto la resolución del banco. Esa desaparición no tiene que ver, dice el apelante, conla retirada masiva de fondos, sino que es consecuencia de una comprometida situación patrimonial que se ocultó para capitalizar el banco con aportaciones de los suscriptores de la ampliación de capital.*

21.-*Las comprensibles dudas que se plantea la sentencia recurrida se basan en que la descapitalización de la sociedad podría ser causada por la retirada masiva de fondos, declarada probada en §12.7, en lugar de por una situación patrimonial comprometida. Tal tesis se mantiene igualmente por la*

parte apelada. Sin embargo no parece que pueda considerarse que la retirada masiva de fondos, que ahora se esgrime como causa principal de la resolución del banco, se haya acreditado. Al contrario, la comunicación deun hecho relevante que verifica Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de mayo de 2017, que se aportó comodoc. nº 7 de la demanda (folio 73 de los autos), lo que afirma es que

"es falso igualmente que haya datos de la Asociación Española de Banca que manifiesten que el banco perdiera 6.000 millones de euros de depósitos en el mes de Enero".

22.-*El propio Banco Popular, menos de un mes antes de su resolución por la JUR, asegura que no hay retirada masiva de depósitos, comunicándolo como hecho relevante a la CNMV. Parece, por tanto, que la explicación de las dificultades patrimoniales de la entidad emisora de las acciones no puede tener como origen una retirada importante de fondos, que indudablemente hubo, ya que se protestaba por el propio Banco Popular en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero. La incertidumbre que recoge la sentencia de instancia debe ser matizada, ya que la prueba documental citada, pues no hay otra salvo las alegaciones del banco apelado, lo que pone de manifiesto es que hubo retirada de fondos, pero no masiva ni decisiva según el propio banco.*

23.- *Queda apartada, por tanto, la explicación que se sugería para justificar el claro empeoramiento de la entidad bancaria. Pero es preciso acreditar que las manifestaciones que se hacen en las cuentas que se auditaron, y los datos que se difundieron con el folleto, no se corresponden con la imagen de solvencia que se pretendía transmitir con las mismas, ocultándose una coyuntura mucho más grave, que de haber sido conocido podría haber limitado la gran demanda que tuvo la oferta pública de suscripción de acciones, tal y como se ha recogido en §12.5.*

QUINTO .-Valoración de la prueba sobre la situación patrimonial de Banco Popular al realizarse la Oferta Pública de Suscripción de Acciones

24.- *Dice el apelante que ha tratado de acreditar que el banco emisor de las acciones ha presentado una información incompleta, que ocultaba su mala situación, con el fin de cubrir la ampliación de capital que pretendía superar su crisis. Señala como demostración de lo que afirma las propias cuentas anuales del banco, que se presentaron como favorables en más de 2.000 millones de euros cuando se deposita el folleto, para una vez*

suscrita la ampliación de capital, transformarse y proclamar pérdidas superiores a 3.485 millones de euros.

25.- *Efectivamente consta aportado por el propio banco que las cuentas del ejercicio 2016 (doc. nº 14 de la contestación para el tercer trimestre, folios 312 y ss, y nº 21 de la contestación para el cuarto trimestre, folios 342 y ss), que se someterán a censura de la junta general de accionistas recogen " una pérdida contable de 3.485 millones € ", pues así se da a conocer en la nota de prensa de 3 de febrero de 2017, doc. nº 20 de la contestación a la demanda, folio 336 de los autos. Poco después, el 5de mayo, se reconocen en otra nota de prensa " pérdidas de 137 millones € en el primer trimestre " de 2017, por el esfuerzo en provisiones inmobiliarias, como evidencia el doc. nº 27 de la contestación a la demanda, folios 379 y ss de los autos, refiriéndose al informe del primer trimestre de 2017, doc. nº 28 de la contestación a la demanda, folios 378 y ss de los autos.*

26.- *Con tales datos resulta que tras incorporar más de 2.500 millones de euros al capital social, merced a la ampliación de 2016, se comienzan a producir pérdidas que alcanzan 3.485 millones de euros al terminar ese mismo ejercicio. El folleto advertía, como declaró probado la sentencia de instancia en §12.4, sin que se haya combatido, que de producirse merma del valor de los activos inmobiliarios tal circunstancia "...ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible... ". El peor de los escenarios de los que advertía era ese, y sin embargo, las pérdidas que reflejan las cuentas anuales de 2016 son de 3.485 millones de euros. Esos datos son indicio de que, como sostiene el recurrente, la situación patrimonial de Banco Popular en el momento en que se emiten las acciones que representan la ampliación de capital no es la que proclamaban lascuentas auditadas por Price Waterhouse Cooper en el doc. nº 6 de la contestación, folios 279 y ss, publicitadas en el folleto informativo. Porque si fueran ciertas, la incorporación de capital que propicia la ampliación dejunio no daría lugar al volumen de pérdidas del ejercicio 2016.*

27.- *Más que un acto propio, como sostiene el apelante, otro indicio que apunta a la incorrección de las cuentas que sirvieron para publicitar la oferta pública de suscripción de acciones del Banco Popular es el ofrecimiento que el adquirente del mismo tras su resolución, Banco de Santander, hizo a los antiguos accionistas. A él se refiere el hecho probado*

§12.6, que no ha sido cuestionado por las partes en esta alzada. Si las cuentas que se publicitaron y el folleto que se difundió eran correctos, no se entiende la razón de que se ofrezcan "bonos de fidelización", denominados " obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal ", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, con el único requisito de que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander. Si la situación patrimonial dada a conocer a través del folleto nada reprochable contenía, la exigencia de renunciar a unas acciones legales que no serían procedentes parece incoherente. Ese proceder añade otro indicio a los ya expuestos, que contribuye a la convicción de que las cuentas publicitadas reflejaban una situación patrimonial distinta a la real".

SEXTO.- Las afirmaciones recogidas sobre los datos contables y hechos relevantes reflejados en las Sentencias transcritas vienen a quedar acreditados con la documental aportada con la demanda, adjuntándose lamayor parte de los Hechos Relevantes indicados en las resoluciones citadas, y adjuntando dictamen pericial ratificado en el acto de juicio.

En dicho dictamen, tras la exposición contenida en el mismo, se emiten las siguientes conclusiones:

"1.Existen notables diferencias entre la información comercial suministrada para la realización de la OPV, y la situación económica real del banco. Para la elaboración de este documento y del folleto se manipularon ratios como el ROTE, ROA, ratio de eficiencia, margen financiero, EBIT y morosidad. Todas estas magnitudes mejoran milagrosamente sus equivalentes de las cuentas auditadas de 2015. Sin embargo, las cuentas de 2016 arrojan unas cifras catastróficas.

2.Es imposible un deterioro tan rápido en el segundo semestre de 2016, curiosamente tras la publicación de la presentación comercial y del folleto dela OPV. No se puede justificar que los resultados negativos durante los siguientes trimestres obedeciesen a la materialización de los riesgos advertidosen el folleto, precisamente en un momento de coyuntura económica claramente favorable. Se trata de una etapa en la que las tasas de morosidad del sector bancario están disminuyendo, no pudiéndose en ese momento alegar que las pérdidas se deban a la alta exposición al mercado inmobiliario, salvo que se estuviesen aflorando en ese momento los quebrantos relativos a ejercicios anteriores, incluyendo la ruinosa compra del banco Pastor.

3.El proceso de comercialización fue irregularmente agresivo, en corto espacio de tiempo, y nada transparente. Se hizo mucho énfasis en la información suministrada en la presentación comercial, pero no se entró a valorar los riesgos reales que suponía comprar acciones del banco, derivados de su

catastrófica situación económica y de la plena vigencia de las medidasprevistas por la Unión Bancaria Europea, en caso de liquidación.

4. Resulta totalmente contradictorio, que el Banco Santander comprase por un euro al banco Popular si la información suministrada para la OPVera veraz. O bien esta información estaba gravemente manipulada, tal y como se ha demostrado mediante la comparativa de ratios realizada anteriormente, o bien el Banco Santander tendría que haber realizado una OPA para la adquisición del Banco Popular, en condiciones ventajosas para sus accionistas.

5. Concluimos que la entidad Banco Popular ha ejercido una actividad incorrecta como emisora y comercializadora de acciones nuevas encaminadasa capitalizar la entidad con unas ratios reales de manifiesta insolvencia. Para ello se sirvió de una información económica manipulada con el objetivo de ocultar la verdadera y dramática situación económica de la entidad, provocandoun grave quebranto económico en el patrimonio de sus clientes/accionistas, que al poco tiempo perdieron el 100% del valor de las acciones adquiridas.

6. De la información económica suministrada en el folleto no resulta fácil deducir que la situación del banco era crítica, pero adicionalmente, no se describe el riesgo de resolución bancaria como consecuencia de la entrada en vigor de la JUR cuatro meses antes de su publicación.

7. La pérdida de dinero por parte del inversor al tiempo delaadquisición del Banco Popular por parte del Banco Santander fue de 58.896,71 E".

En el acto de juicio, se ha ratificado en dicho informe el perito D. Pedro Urbina García-Caro.

Señala que el ROTE no tuvo en cuenta la cartera inmobiliaria, y si bien indica que ese extremo era referido en el Folleto, la cartera inmobiliaria era una parte muy importante del balance, sin que se indicase qué se iba a hacer con ello. Señala que el Folleto marcaba ratios que colocarían al banco en una situación idílica para su inversión, cuando ello no se correspondía con la situación real existente, sufriendo finalmente unas pérdidas de 3.485 millones de euros, muy superior a las indicadas en el Folleto de 2.200 millones de euros.

La parte demandada aporta dictamen pericial, que, según se indica en el mismo, *"ha tenido por objeto llevar a cabo una evaluación crítica del Informe Pericial emitido por don Pedro Urbina García-Caro y don Roberto López López, relativo al supuesto perjuicio económico que la Demandante habría sufrido como consecuencia del deterioro del valor de las acciones de BANCO POPULAR de las que era titular en el momento de la resolución de la Entidad".*

A este respecto, emiten las siguientes conclusiones:

"Primera. Lejos del rigor que se exige a todo trabajo pericial, los Sres. Urbina y López vierten en su informe una serie de conjeturas, meramente especulativas, impropias de un trabajo de experto económico y sin la debida fundamentación y acreditación.

El trabajo pericial delos Sres. Urbina y López no ha comprendido un análisis de los registros contables de BANCO POPULAR, ni revisión algunade los ingresos y gastos reconocidos por la Entidad entre el momento dela publicación de la Nota sobre las Acciones y el cierre del ejercicio 2016o del origen de los concretos ajustes que se realizaron en los estados financieros de BANCO POPULAR de cara a la elaboración de sus estados financieros intermedios resumidos correspondientes al 30 de junio de 2017, inmediatamente después de la resolución de la Entidad. Ni siquiera los Peritos han considerado en su análisis el marco normativo de información financiera aplicable en España a las entidades financieras y a las entidades europeas que han sido resueltas por parte de la JUR y que aquí es determinante.

Segunda. Carece de todo fundamento la crítica formulada por los Peritos en el sentido de considerar que BANCO POPULAR manipuló los ratios incluidos en la Nota sobre las Acciones y en la Presentación a Inversores. Así, el hecho de que el valor numérico de los ratios, según estimaron los Administradores del Banco, no fuera coincidente con las cifras finalmente alcanzadas no constituye ninguna manifestación de manipulación o de adulteración de la información de la Entidad. Asimismo, los Sres. Urbina y López ignoran que ratios como el ROTE son una herramienta de análisis financiero usual en las entidades bancarias,masivamente empleada junto con otras medidas de rentabilidad asimismo aceptadas por la comunidad financiera.

La exclusión del negocio inmobiliario no respondió, como sugieren los Sres. Urbina y López, a eliminar la información de este segmento de la actividad del Banco, sino a ayudar a los inversores a separar los negocios core o nucleares de los no recurrentes.

Según nuestro parecer la discriminación entre negocio principal y no principal no es más que una manifestación de transparencia informativa, habitual en este tipo de documentos, que ayuda a los inversores a distinguir entre los componentes permanentes o recurrentes de la actividadbancaria –que son las que sirven para la formación de expectativas—y los componentes transitorios o no recurrentes.

De no haberse contado con esta información separada, los inversores habrían dispuesto de una información de menor calidad en laque la mezcla de los componentes permanentes del resultado con los de carácter transitorio, habría dificultado la adopción de decisiones económicas insesgadas.

Tercera. Sin llevar a cabo el más mínimo análisis técnico, los Sres. Urbina y López pretenden establecer una relación de causalidad entre la

caída de los resultados experimentada por BANCO POPULAR y la comisión de infracciones contables por parte de los Administradores de la Entidad.

Los Peritos no realizan ningún análisis (i) de los ajustes practicados por el Banco, (ii) de la naturaleza de los mismos, (iii) de la racionalidad de la evolución de los deterioros registrados y de los factores que los motivaron, ni (iv) de si esos ajustes vienen avalados por el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación a las entidades financieras en España.

En consecuencia, resultan infundados y carentes de toda evidencialas afirmaciones que los Peritos vierten en su informe acerca de que los estados financieros resumidos intermedios y la Nota sobre las Acciones fueran objetode manipulación contable o contuvieran falsedades.

Cuarta. Por el contrario, el exhaustivo análisis que hemos llevado a cabo, comparando la información contenida en los registros del sistema de contabilidad de BANCO POPULAR, que sirvió de base para la formulaciónde las cuentas anuales del ejercicio 2016 en febrero de 2017, con los datos que sirvieron de base para la emisión de la Nota sobre las Acciones con motivo de la ampliación de capital de junio de 2016, revela que los Administradores del Banco no realizaron pronósticos deliberadamente optimistas y que las desviaciones registradas no se debieron a un insuficiente reconocimiento de pérdidas por deterioros de la cartera crediticia y de inmuebles adjudicados. Por ello, el que las pérdidas registradas en 2016 fueran superiores a las pronosticadas, no implica, como infundadamente deslizan los Peritos, que los Administradores del Banco cometieran irregularidades.

A mayor abundamiento, el Informe de Procedimientos de 29 de septiembre de 2016, emitido por KPMG en calidad de experto independiente, revela que BANCO POPULAR aplicó adecuadamente procedimientos robustos de estimación de pérdidas por deterioro de la cartera crediticia y de activos adjudicados a 31 de diciembre de 2015 y 31 de marzo de 2016, de conformidad con lo previsto por las Normas internacionales de información Financiera y considerando las garantías eficaces, tal como éstas se definen en el Anejo IX de la Circular 4/2004 y que las provisiones reconocidas en esas fechas no presentaban desviaciones significativas con respecto a los niveles que mostraban la imagen fiel de la Entidad.

Quinta. BANCO POPULAR ofreció a los inversores información completa, veraz y detallada sobre todo tipo de riesgos que podrían afectarles, por lo que carece de fundamento el reproche formulado por los Peritos acerca de la falta de información sobre el riesgo de resolución del Banco.

Sexta. Los Peritos no han efectuado ningún análisis de las cuentas del Banco y han ignorado por completo los profundos cambios experimentados en el marco normativo por el que se ha venido rigiendola elaboración de la información contable de la Entidad y la valoración de sus activos y pasivos.

Asimismo, las valoraciones contenidas en el informe que DELOITTE elaboró para la JUR tampoco son comparables a las contenidas en los estados financieros y cuentas anuales de Banco Popular ni, por ello, los desajustes que seaprecian son indicativos de inexactitud contable alguna. Por esta razón, no cabe en ningún caso:

i. Pretender efectuar comparaciones entre la información contable elaborada por BANCO POPULAR antes y después de su resolución;

ii. Postular la aplicación retrospectiva de los criterios de valoración quefueron empleados por los nuevos administradores del Banco tras su resolución, en coherencia con lo previsto por el artículo 20 del reglamento 806/2014 o,

iii. Sostener que los resultados y el patrimonio neto negativosresultantes de los ajustes valorativos introducidos tras la resolución son prueba de que las cuentas anuales formuladas y los estados financieros intermedios resumidos consolidados elaborados antes de la resolución no mostraban la imagen fiel de BANCO POPULAR.

Séptima. El análisis realizado sobre los aspectos contables, económicosy financieros de las conclusiones propuestas por los Inspectores y, en particular, sobre las cuestiones relativas a si las cuentas anuales y estados financieros intermedios resumidos consolidados de BANCO POPULAR reflejaban la imagen fiel de la Entidad, nos ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

a. El Informe de los Sres. Ruiz y Hernández no concluye que las cuentas anuales y los estados financieros intermedios resumidos consolidados de BANCO POPULAR no muestren la imagen fiel de la Entidad en sus respectivas fechas de referencia. Ello sólo puede entenderse como la consecuencia de que los Inspectores no han encontrado evidencia que pudiera justificar tal conclusión, de lo que se desprende que las cuentas anuales consolidadas y los estados financieros intermedios resumidos consolidados de BANCO POPULAR, de hecho, mostraban la imagen fiel de su situación patrimonial y financiera y de sus resultados.

b. Los Inspectores afirman en su Informe que los Administradores de Banco Popular comunicaron con claridad en la Nota sobre las Acciones cuál era el destino de la ampliación de capital de junio de 2016, la magnitud de las dotaciones de provisiones por deterioro de activos que tenían previsto realizar y las pérdidas que de ello se derivarían, de modo que el mercado comprendió perfectamente la situación y la cotización de la Entidadno se vio afectada. De ello se desprende que BANCO POPULAR comunicó contrasparencia y veracidad la situación financiera en que estaba la Entidad y la que resultaría de la ampliación de capital, por lo que no cabe hablar de engaño a los inversores.

c. Los Inspectores manifiestan con claridad en su Informe que BANCO POPULAR era una entidad solvente, tanto en el momento de su resolución como en el de la ampliación de capital de junio de 2016 y que su resolución se debió a una crisis de liquidez como consecuencia de una fuga masiva de depósitos entre el 31 de mayo y el 7 de junio de 2017.

d.Aunque los inspectores manifiestan que en la elaboración de la información contable contenida en la Nota sobre las Acciones, los Administradores de BANCO POPULAR no respetaron determinados aspectos del marco normativo de Banco de España y que de ello se pudo derivar una incorrecta clasificación de los activos de la cartera crediticia, su comentario debe entenderse circunscrito a la normativa de Banco de España y, en concreto, a los criterios contenidos en la comunicación de 30 de abril de 2013, que en ningún caso puede ser equiparada con la Circular 4/2004, por tratarse de una recomendación y no de una norma jurídica.
En todo caso, dado que la Circular 4/2004 es de aplicación a la formulación de las cuentas anuales individuales de las entidades de crédito españolas y que el marco normativo de información financiera aplicable por BANCO POPULAR para la formulación de sus cuentas anuales consolidadas eran las NIIF aprobadas por virtud del Reglamento (CE) 1606/2002, el incumplimiento de los criterios contenidos en la citada comunicación de Bancode España no implica, en modo alguno, que las cuentas anuales consolidadas de Banco Popular no mostraran la imagen fiel de la Entidad de conformidad con el marco normativo aplicable, esto es, con las NIIF. Por consiguiente, una vez más, sólo puede concluirse que la información contable contenida en la Nota sobre las Acciones, mostraba la imagen fiel de BANCO POPULAR con relación a las correspondientes fechas de referencia.

En síntesis, la evidencia que hemos obtenido en el desarrollo de nuestro trabajo nos ha permitido identificar significativas inconsistencias en la argumentación presentada por los Sres. Urbina y López, como consecuencia de las cuales consideramos que sus conclusiones resultan insostenibles y, por tanto, deben ser rechazadas.

Consiguientemente, en la medida en que la reclamación económica realizada por la Demandante se base en la premisa de que la información publicada por BANCO POPULAR no reflejaría la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la Entidad, tal como infundadamente sostienen los Sres. Urbina y López, su pretensión resulta también infundada y deberechazarse".

En relación a la prueba pericial en este tipo de procedimientos, merece destacarse la **<u>Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de mayo de 2020</u>**:

"Se ha de advertir que la crítica de la apelante a la pericial se fundamenta en buena medida en que los peritos no accedieron a la documentación interna del Banco. Por eso afirma que dicho informe pericial de la demandante se realiza sobre la base de meras conjeturas sin concreta comprobación de todos los datos de la contabilidad de la sociedad.

Sin embargo, es obvio que los referidos peritos difícilmente podrían haber tenido acceso a dicha contabilidad.

A este respecto, convenimos con la apelante en que el informe pericial presentado por la parte actora no es un informe de auditoría; y es que no podía serlo por las limitaciones propias del hecho de que no todos los datos de contabilidad sean accesibles por fuentes públicas, artículo 32 del Código de Comercio. Pero también se debe destacar que el informe de auditoría no es la única prueba que puede acreditar la infracción del deber de información de una sociedad cotizada, sino que un análisis de las fuentes públicas de la información financiera y contable que Banco Popular comunicó en el periodo de análisis, sometida a verificación del cumplimiento de las normas y criterios contables en relación con la sucesión de eventos quecondujeron a la resolución del banco, puede constituir prueba suficiente, aun basada en indicios, que permitan inferir una presunción judicial al amparo del artículo 386 LEC ; todo ello sin perjuicio de que la parte demandada, en cuanto dispone de la facilidad probatoria de acceso a la totalidad de losdatos de contabilidad de Banco Popular, pueda refutar la prueba presentada de contrario mediante la presentación de su propio informe pericial que, en este caso sí, podría consistir en un informe de auditoría. Circunstancia que, por otro lado, no se ha producido.

En cuanto a los informes de auditoría que se emitieron sobre las cuentas anuales de Banco Popular en el periodo objeto de análisis, principalmente desde 2012 hasta 2017, es preciso destacar que no son impeditivos de la existencia de irregularidades que puedan afectar a la infracción de los deberes de información de la sociedad. El informe de auditoría constituye una opinión, ciertamente cualificada, sobre las cuentas de la sociedad, pero ello no es óbice para que pueda formarse la convicción judicial por otros medios.

Lo que es indudable es que al cabo de un año las instituciones bancarias europeas, en concreto el JVR el 17 de junio de 2017, acordó la resolución del Banco, y que el 23 de mayo de 2018 los Directores de Mercado y de Informes Financieros y Corporativos, proponían al Comité Ejecutivo de la CNMV que acuerde que se dé traslado de este informe a la Dirección general del Servicio Jurídico para evacuar el oportuno dictamen de legalidad, previstoen el artículo 36.3 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, aefectos de que se pueda acordar el inicio de un expediente sancionador a Banco Popular y a determinadas personas, por haber suministrado en el informe financiero anual consolidado del ejercicio 2016 datos inexactos o no veraces o con información engañosa o que omite aspectos relevantes, con

base en los ajustes que finalmente han sido determinados, a consecuencia de los hechos puestos de manifiesto por el Banco en su hecho relevante de 3 de abril de 2017 y que debía evaluarse por la Dirección General del Servicio Jurídico si en aplicación del artículo 272 del TRLMV se tendría que suspender en tanto no concluyan dichos procedimientos. En función del resultado de dichos procedimientos, el Comité ejecutivo debía valorar elevar una propuesta al Consejo para realizar las comprobaciones o auditorías adicionales sobre las cuentas de 2016 y primer semestre de 2017, y 3) que ya en fin la propia recurrente advertirá que los problemas de la entidad no eran un problema de solvencia sino de liquidez, como si eso aliviara su posición y responsabilidades cuando puede anticiparse que casi la agrava.

El tribunal no puede dejar de tener en cuenta estos presupuestos, en orden a valorar la fiabilidad de los dictámenes periciales, uno estudiando y analizando los elementos, y el otro operando como un mero contrainforme.

Y así es de advertir que, frente a la afirmación de que las cuentas estaban auditadas y supervisadas por la CNMV, ahora resulta que los órganos técnicos de ésta última, como antes se ha reseñado, ponen en cuestión la corrección de las cuentas y pretenden activar la intervención del Instituto de Contabilidad y Auditorio de Cuentas. Lo que pone en cuestión el apartado (I) del motivo primero del recurso.

Igual suerte desestimatorio debe tener el subapartado (ii) del motivo primero. Dejando de lado, que ya es dejar de lado, que para un inversor puederesultar más alarmante un problema de liquidez que uno de solvencia, la prueba practicada hace altamente verosímil el criterio pericial de la actora conforme al acual sí que existía esa insolvencia en el año 2016, resultando particularmente capcioso que el folleto se refiriera a un resultado consolidado al cierre del primer trimestre de 2016 de 93 millones de euros debeneficios que se convirtieron en 4888 millones de euros de pérdidas. Comparte la Sala las reflexiones que se contienen en el escrito de oposición a propósito de la aplicación de la circular 4/2016, por cuanto al margen de queno se discuten los cálculos sobre la incidencia en la aplicación de esa circular, su entrada en vigor, que se supone destinada a lograr una mayor claridad y precisión en la contabilidad, imponía a la entidad la necesidad de advertir las consecuencias que conllevaban la misma.

Como acaecerá respecto a los ajustes que afectaban a las cuentas de 2016 y a ejercicios relevantes tras el hecho relevante de 3 de abril de 2017, del que derivaría, según el informe pericial de la parte actora, una insuficiencia de provisiones o coberturas por deterioros de activos, pues con tal hecho

relevante se reconocían los errores anteriores al ejercicio de 2016 respecto a provisiones por créditos dudosos.

En el informe del Director General de Mercado de la CNMV se destaca que en cuanto a la insuficiencia de provisiones o correcciones por deterioro asociadas a créditos dudosos con adjudicación de garantías, el impacto antes de impuestos comunicado en el hecho relevante de 3 de abril de 2017 ascendía a 160 millones de euros, que fue el ajuste que se corrigió en la información financiera del primer trimestre de 2017, mediante la re- expresión de los estados financieros a 31 de diciembre de 2016. Esta re- expresión incrementó las provisiones en 160 millones de euros por el ajuste en garantías, mediante un cargo a reservas de 2015 de 164 millones de euros,y un abono a los resultados de 2016 de 4 millones de euros, cifras que debieron ser corregidas por el efecto impositivo.

Muy relevante es la forma en la que se contabilizó los activos inmobiliarios, deduciéndose de la prueba practicada que la crisis del sector y su incidencia en el valor de esos activos no tuvo el adecuado reflejo en la contabilidad, como advertirá la CNMV cuando precise que existen "dudas sobre si una parte de las reducciones en el valor de los activos no obedece tanto a descuentos por la naturaleza mayorista de la operación como a depreciaciones no registradas que se hubieran producido en ejercicios anteriores. Así, al cierre del ejercicio 2016, el 21% de la cartera de inmuebles tenía una tasación con una antigüedad superior a los 12 meses, disminuyendo ese porcentaje al 6% a 30 de junio de 2017. La falta deactualización de las tasaciones a 31 de diciembre de 2016 y la reducción enel valor en libros registrado en el 1º semestre de 2017, en un contextoeconómico de recuperación del valor inmobiliario, en opinión del DIFC son un claro indicio de que las cuentas anuales del ejercicio 2016 podrían contener errores materiales que le impidiesen reflejar la imagen fiel.

Y en fin (iv) se quiere quitar valor y trascendencia a la reexpresión de las cuentas en abril de 2017, resaltando que fue voluntaria y no tuvo un impacto significativo en las cuentas del Banco Popular. Por el contrario el informe de los órganos técnicos de la CNMV advierten sobre el alcance de esa reexpresión (apartado 16 y 17 del informe) que " el efecto agregado de re- expresar la información financiera consolidado del ejercicio 2016 de Banco Popular hubiera supuesto la minoración del resultado del ejercicio del Grupoen 126 millones de euros y de su patrimonio neto en 387 millones de euros, importe netamente superior al inicialmente estimado en el Hecho relevante de3 de abril.

5.- A este respecto no podemos sino hacer nuestros los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 17 núm. 443/2019 de fecha 18 de julio de 2019 (ROJ: SAP B 10944/2019 - ECLI:ES:APB:2019:10944)".

Dicho cuanto antecede, las afirmaciones recogidas sobre los datos contables y hechos relevantes reflejados en las Sentencias transcritas vienen a quedar acreditados con la documental aportada con la demanda, adjuntándose el folleto, los Hechos Relevantes indicados en las resoluciones citadas, y adjuntando informe pericial, que viene a concluir que la información económica suministrada en el folleto no cohonestaba con la verdadera situación del banco.

La pericial de la parte demandada niega que Banco Popular tuviera un problema de solvencia, señalando que era un problema únicamente de liquidez, y lo atribuye a la salida masiva de depósitos que se produjeron en pocos meses, indicando que el banco no fue insolvente hasta la víspera de su intervención, no compartiendo el informe pericial de la actora al señalar que los peritos de la demandante no han tenido acceso a los registros contables de la entidad, lo que impide, a su juicio, alcanzar las conclusiones que emiten; extremo, éste último, no relevante según los argumentos expuestos por la última Sentencia transcrita.

De los antecedentes fácticos, expuestos claramente en las Sentencias transcritas, y reflejados también en la documental obrante en autos, teniendo en cuenta también que algunos extremos participaban de notoriedad por la trascendencia que han tenido, debe concluirse –al igual que las resoluciones reproducidas- que la información facilitada para la suscripción de acciones <u>al tiempo de la ampliación de capital</u> no se correspondía con la situación real de la entidad, sin que las incertidumbres que indicaba el folleto guardaran relación directa con lo acaecido finalmente, toda vez que las mismas -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 laincertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entablada- afectaban por igual a todas las entidades bancarias.

De lo expuesto se desprende, tal y como señalan las Audiencias citadas, que lo que se publicitó como una inversión fiable exponiendo una situación económica rentable resultó absolutamente fallida, de lo que se puede inferir

que hubo un incumplimiento en el deber de información de la entidad bancaria, infringiendo así la normativa de la Ley del Mercado de Valores, entendiéndose que la demandada supo o al menos pudo saber con los medios que tenía a su alcance la verdadera situación de la entidad financiera y la previsión posible existente. Las incertidumbres que apuntaba el folleto eran genéricos y comunes a todas las entidades bancarias (inestabilidad política, evolución de procedimientos judiciales, tema de cláusulas suelo…).

La omisión de la situación financiera real provocó el error del demandante, siendo este error esencial, sustancial -pues resulta lógico que, de haber sabido la situación real, no habría realizado la inversión efectuada- y excusable, pues confió en la información publicitada, sin que el actor tuviera otro medio para conocer el estado financiero de la entidad.

En definitiva, procede declarar la nulidad relativa o anulabilidad del contrato de suscripción de acciones de Banco Popular S.A. concertado entre las partes en fecha 20 de junio de 2016.

Llegados a este punto, podría plantearse la cuestión referida a la falta de legitimación activa de la demandante para el ejercicio de la acción de nulidad por haber vendido las acciones. Esa falta de legitimación activa venía siendo seguido, a modo de ejemplo, por la Audiencia de Valencia en otro tipo de supuestos, en concreto el de la anulabilidad de los contratos de permuta financiera cuando se había cancelado el contrato o extinguido el mismo por transcurso del plazo contractual, entendiendo que ello impedía el ejercicio de la acción de anulabilidad. Dicha Audiencia Provincial en Sentencia de fecha 3 de abril de 2012 venía a señalar que no resulta viable la declaración de nulidad de un contrato que ya no estaba vigente al tiempo de interponer la demanda.

No obstante, la mayor parte de las Audiencias no siguieron ese criterio en ese producto bancario. De hecho la Audiencia Provincial de La Rioja, resolviendo un recurso de apelación frente a una Sentencia dictada por este Juzgado en la que se entendía que, extinguido el contrato de permuta financiera, no procedía la acción de anulabilidad –sin perjuicio de la procedencia, en su caso, de la acción de indemnización por daños y perjuicios- la Audiencia Provincial de La Rioja, en Sentencia de 15 de mayo de 2013 la revocó con estos argumentos:

"Por último, la sentencia de instancia razona que con la cancelación anticipada el contrato no se ha confirmado, sino que ha perdido su eficacia, por lo que la parte actora, que optó por una vía para privar de eficacia al contrato: la resolución contractual, no puede ahora, yendo contra sus propios actos, acudir a otra vía distinta con la misma finalidad: la acción de

anulabilidad del contrato, pues para ello era preciso que el contrato estuviese vigente, lo que no es el caso.

La Sala no comparte dicho razonamiento. Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de Diciembre de 2012 : "...la jurisprudencia avala la posición de la declaración de nulidad de contratos de esta naturaleza, pese a que la acción de nulidad se haya ejercitado tras proceder a una cancelación anticipada del mismo, por cuanto esta operación se ejecuta para evitar que las consecuencias tan gravosas que derivan de aquél tengan un freno (evitar nuevas liquidaciones negativas), en la medida en que la causa de nulidad del contrato resulta de un error de consentimientopor la defectuosa información del producto al tiempo de su formalización (S.A.P. Zaragoza 27-7-2.011 , S.A.P. Las Palmas 16-9-2.011)".

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de Mayo de 2012 dice: "...como resalta la STS de 23- 11-2004 "Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, ademásde válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de lavoluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SSTS de 9 de mayo , 13 de junio y 31 de octubre de 2000 , 26 de julio de 2002 , 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran infinidad de sentencias, la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata. Y como consecuencia, el principio general del derecho -fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas- no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias 9 mayo 200023 julio y 21 diciembre 2001, 25 enero y 26 julio 2002, 23 mayo 2003), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico(SS. 9 mayo 2000, 15 marzo y 26 julio 2002, 23 mayo 2003)."

En el presente caso, tal acto inequívoco no se ha producido, sino al contrario, de la prueba practicada resulta probado que el señor Gumersindo instó la cancelación del contrato con la única finalidad de evitar que la Caja le siguiese cargando liquidaciones negativas, es decir, para no agravar el perjuicio que a la mercantil se le estaba causando".

Estos argumentos son aplicables al supuesto que nos ocupa, puesto que la venta de las acciones se produjo como consecuencia de la devaluación de las mismas –por la situación que, según se ha concluido, fue propiciada por la propia demandada- y con la finalidad de evitar mayores perjuicios. Tampoco el hecho de que la demandante vendiera sus acciones supone un acto confirmatorio, ni una extinción de la acción; lo que pretendía la demandante era evitar mayores pérdidas, sin que con esa venta se revele –en opinión de este órgano- ninguna voluntad de subsanar un negocio viciado en el consentimiento.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de marzo de 2015: *"En cuanto a la invocación de la existencia de un acto novatorio y confirmatorio del consentimiento por el hecho de la venta de las acciones y la doctrina de los propios actos, cabe señalar que dicha venta no fue sino una consecuencia de la devaluación de los títulos, propiciada por la propia entidad financiera, como se acaba de ver, y por tanto resultó obligada…".*

Así se viene a manifestar también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2021, que tras mencionar la STS 139/2018, de 13 de marzo, señala que *"el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones no privan de legitimación activa a los demandantes, ni impide el ejercicio de la acción de anulabilidad por error en la prestación del consentimiento o el resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento del deber de información en el folleto*".

Esta resolución de la AP de Madrid rechaza también la alegación de infracción de la Ley 11/2015, pudiendo el accionista acudir a los mecanismos de la anulabilidad o de la acción resarcitoria indicada.

El hecho de que la demandante ya no tenga los títulos por haberlos vendido a un tercero no impide la declaración de nulidad, pues sería de aplicación el art. 1.307 C.C., tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 1 de abril de 2014:

"Alega la parte demandada hoy apelante que con el canje de participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones y posterior venta de estas, se hace imposible que la Sra. Esperanza restituya a la demandada aquellos productos financieros inicialmente adquiridos, olvidando que es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1.307 del Código Civil , el cual establece que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por

haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha, ya que tal y como ha establecido la jurisprudencia sobre la materia, el término "haber perdido" incluido en el texto legal, debe de ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos".

En definitiva, procede declarar la nulidad relativa o anulabilidad del contrato de suscripción de acciones de concertado entre las partes en fecha 20 de junio de 2016 por vicio del consentimiento. La consecuencia sería larestitución por parte de la demandada del importe correspondiente a la diferencia entre la inversión y la cantidad obtenida por la venta, más los intereses legales derivados de ese importe desde el 20/6/2016; sobre este extremo se matizará al final del penúltimo fundamento de esta Sentencia.

SÉPTIMO.- Dado que se ha estimado la excepción de falta de legitimación pasiva en relación a la acción de anulabilidad con respecto a los contratos de adquisición de derechos de suscripción preferente de acciones, defecha 2 de junio de 2016, procede analizar la pretensión subsidiaria ejercitada en relación a estos contratos, siendo ésta la acción indemnizatoria derivada del incumplimiento por la demandada de los artículos 38 y 124 LMV.

El art. 38 LMV viene referido a la responsabilidad del folleto, señalando lo siguiente:

"1. La responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores.

Asimismo, serán responsables los siguientes sujetos:

a) El garante de los valores en relación con la información que ha de elaborar.

b) La entidad directora respecto de las labores de comprobación que realice.

c) Aquellas otras personas que acepten asumir responsabilidad por el folleto, siempre que así conste en dicho documento y aquellas otras no incluidas entre las anteriores que hayan autorizado el contenido del folleto.

Reglamentariamente se establecerán las condiciones que rigen la responsabilidad de las personas mencionadas en este apartado.

2. Las personas responsables de la información que figura en el folletoestarán claramente identificadas en el folleto con su nombre y cargo en el caso de personas físicas o, en el caso de personas jurídicas, con su denominación y domicilio social. Asimismo, deberán declarar que, a su entender, los datos del folleto son conformes a la realidad y no se omite en él ningún hecho que por su naturaleza pudiera alterar su alcance.

3. De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionadoa los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante.

La acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de la falsedad o de las omisiones en relación al contenido del folleto.

4. No se podrá exigir ninguna responsabilidad a las personas mencionadas en los apartados anteriores sobre la base del resumen o sobre su traducción,a menos que sea engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leído junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores".

La Sentencia citada de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de mayo de 2020 analiza esta acción, entendiendo que concurren todos los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad derivada de dicho precepto por inexactitudes del folleto, pronunciándose en los siguientes términos:

"3.- En cuanto a la cuestión de los presupuestos para la atribución de responsabilidad atendiendo al régimen de responsabilidad civil derivada del folleto, hay que partir de que 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 deducible de sus cuentas y balances, no se le puede transferir haciéndolosuyo 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".

Aplicando los anteriores argumentos al presente supuesto, y dado que los daños causados se corresponden con la cantidad invertida por el actor, procede estimar la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios respecto de los dos contratos de adquisición de derechos de suscripción preferente de acciones, que supondría la restitución de los importes de adquisición, más los intereses legales.

No obstante, dado que, como se ha indicado, las acciones que se adquirieron –en virtud de esa previa adquisición de derechos de suscripción preferente- fueron vendidas el 5/5/2017 por el importe de 42.721,07 euros, y lo que se reclama por la actora es la diferencia entre toda la inversión de 101.617,78 euros –tanto por la adquisición de derechos de suscripción preferente como por la posterior adquisición de acciones- descontando el importe percibido por la venta de 42.721,07 euros, y dado que la nulidad

declarada del contrato de adquisición de acciones conlleva precisamente la restitución de esa diferencia, procede efectuar un pronunciamiento único en relación a la condena de cantidades.

En definitiva, procede:

-Declarar la anulabilidad del contrato de adquisición de acciones concertado en fecha 20/6/2016 entre las partes.

-Estimar la acción de indemnización de daños y perjuicios a favor de la actora en relación a los contratos de adquisición preferente de acciones de 2/6/2016.

-Condenar a la demandada a abonar a la demandante el importe de 58.896,71 euros, más los intereses legales desde el 20/6/2016.

OCTAVO.- Dada la estimación de la demanda, de conformidad con el principio de vencimiento objetivo recogido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO

QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora Sra XXXXXXXXXXXX, en nombre y representación de la mercantil XXXXXXXXX,S.L., contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora Sra XXXXXXXXXXXXX, ***debo acordar y acuerdo:***

1º.- Declarar la anulabilidad del contrato de adquisición de acciones concertado en fecha 20/6/2016 entre las partes.

2º -Estimar la acción de indemnización de daños y perjuicios a favor de la actora en relación a los dos contratos de adquisición preferente de acciones de fecha 2/6/2016.

3º.-Condenar a la demandada a abonar a la demandante el importe de 58.896,71 euros, más los intereses legales desde el 20/6/2016.

4º.- Condenar a la demandada al pago de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, **pudiendo interponerse directamente recurso de apelación en el plazo de veinte días contados** desde el día siguiente a la notificación de esta Sentencia en la forma expuesta en el artículo 458 LEC, tras la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

No se admitirá a trámite el recurso de apelación si en la interposición no se acredita haber constituido el depósito preceptivo de50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado (Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre), además de la tasa que, en su caso, sea procedente.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a las actuaciones, con inclusión del original en el Libro de Sentencias.

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

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA