



Roj: **SAP B 2515/2020 - ECLI: ES:APB:2020:2515**

Id Cendoj: **08019370112020100024**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **09/03/2020**

Nº de Recurso: **978/2018**

Nº de Resolución: **37/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA BACHS ESTANY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Secció núm. 11 de l'Audiència Provincial de Barcelona. Civil

Passeig Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona

08018 Barcelona

Tel. 934866150

Fax: 934867109

A/e: aps11.barcelona@xij.gencat.cat

NIG 0811442120188039924

Recurs d'apel·lació 978/2018 A

Matèria: Judici verbal

Òrgan d'origen: Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 5 de Martorell

Procediment d'origen: Judici verbal (250.2) (VRB) 113/2018

Part recurrent / Sol·licitant: **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a: JORDI FONTQUERNI BAS

Advocat/ada: MARINA SABIDO CORONADO

Part contra la qual s'interposa el recurs: MAGAROLA CAR SERVICE, SL

Procurador/a: JUAN ALVARO FERRER PONS

Advocat/ada: ALBERT GARCIA BORRAS

SENTÈNCIA NÚM. 37/2020

II·Im. Sr.

Josep M^a Bachs i Estany

Barcelona, 9 de març de 2020

HAVENT ESTAT VISTES per la Secció Onzena de l' Audiència de Barcelona, constituïda per un sol magistrat en aplicació de l' art. 82.2, 1º LOPJ reformada per LO 1/2009 de 3 de novembre, les actuacions de recurs d' apel·lació núm. 978/2020, interposat pel procurador Sr. Fontquerni i Bas, en nom i representació de **Banco Santander SA**, part demandada, contra la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 5 de Martorell a les actuacions de procediment declaratiu verbal núm. 113/2018, ha estat dictada la següent Sentència.

I. Antecedents de Fet:

Primer.- La part dispositiva de la Sentència apel·lada és la següent: "FALLO.- Estimo la demanda formulada por el procurador de los Tribunales D. Juan Álvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de Magarola Car Service SL, contra **Banco** Piopular Español SA y declaro la nulidad de la compra de **acciones** y derechos de suscripción preferente de **Banco Popular** realizada por la actora, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato y, en concreto, la parte demandada ha de restituir a la parte actora el principal invertido (5.036,68 euros) con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la compra. Y la parte actora ha de restituir, en el caso de que haya percibido dividendos, las cantidades recibidas en tal concepto con los intereses legales desde la fecha de su cobro. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC. Todo ello con imposición de las costas a la parte demandada".

Segon.- Ha comparegut la part recurrent a través del procurador Sr. Fontquerni i Bas.

Ha comparegut la part oponent a través del procurador Sr. Ferrer i Pons.

Es va assenyalar per a decisió del recurs l'audiència del dia 26 de febrer d'enguany, havent tingut això lloc a l'hora prevista.

HA ESTAT VIST per l'Il·lm. Sr. Magistrat En Josep M^a Bachs i Estany, President de la Secció.

II. Fonaments Jurídics:

Primer. Apel·la la representació de la part demandada la sentència d'instància (f. 1.362 i ss.) pels següents motius:

1er) aquí s'ha vist una acció d'anul·labilitat del contracte de compra de drets de subscripció preferent de 10-6-2016 (665,43 €) i respecte del contracte d'adquisició d'accions de 20-6- 2016 (4.371,25 €) per error suposat en el consentiment i subsidiàriament una acció de danys i perjudicis per suposada infracció greu del deure d'informació precontractual.

La demanda es basa en un suposat dèficit informatiu que s'imputa al banc que, suposadament, hauria reflectit als comptes anuals del banc dels darrers anys una informació que no corresponia amb la imatge fidel del patrimoni que hauria d'haver reflectit. Amb el conseqüent vici generat en la representació mental del comprador dels avantatges o beneficis futurs derivats de la compra. La tesi de l'actor és que en aquell moment no podia comprendre que les accions acabessin valent zero € per un esdeveniment com ara la resolució del banc el juny de 2016 per la Junta Única de Resolució. El que succeeix és que el banc demandat no va tenir cap mena d'influència ni res a veure amb aquesta decisió, emmarcada en la política de les institucions europees.

El cert és que les accions van ser amortitzades conforme al Reglament europeu 806/2014 en salvaguarda dels dipositants i per la Llei 11/2015 de 18 de juny.

Ens vam oposar en considerar que el banc no estava legitimat passivament, que els comptes anuals no contenien cap irregularitat, que el fulletó informatiu de l'ampliació de capital contenia una informació adequada de l'estat financer real de l'entitat i del risc de resolució (doc. 10 contestació).

Les auditories anuals no van detectar mai res; tampoc la CNMV. Després de l'ampliació es va informar en tot moment al mercat de l'evolució de l'entitat (inclòs un fet rellevant publicat per la CNMV on es deia que s'havien produït pèrdues importants); la situació del banc no fou provocada per manca de solvència sinó per una absoluta i sobrevinguda manca de liquiditat originada per la retirada massiva de fons dipositats. La sentència que estima la demanda conté un greu error en la valoració de la prova i en la valoració jurídica dels fets. Així, es vulnera l' art. 10 LEC en concloure que el Banc està legitimat passivament. En segon lloc hi ha error de prova en concloure que l'informe pericial de la demanda és una prova vàlida i suficient per a acreditar que existien irregularitats als comptes anuals del banc. I error en afirmar que el banc no havia reflectit als seus comptes l'estat real de la seva situació. Error de prova també en ometre l'experiència inversora prèvia de l'administrador de la societat demandant en diversos productes d'inversió i la documentació precontractual rebuda i signada per la societat actora prèviament a la compra.

2on) Quant a la manca de legitimació passiva del banc: no pot estar-ho des del moment que l'actora va comprar els drets de subscripció preferent per import de 665,43 € al mercat secundari continu. No pas al banc (doc. 1 bis demanda). És el venedor qui va rebre l'import de dita compra, no el banc. Invoca la jurisprudència, que diu pacífica entorn de que qui compra al mercat secundari títols d'una entitat, aquesta no pot suportar les conseqüències d'una eventual nul·litat de dita compra. Fa referència, salvant distàncies, a la jurisprudència que al respecte hi ha sobre accions de Bankia.

3er) errònia valoració de la prova quant a que l'informe pericial de l'actora sigui prova plena per a resoldre aquest cas, ja que no evidencia que els comptes anuals del banc ni el fullat d'ampliació de capital de 2016 continguessin irregularitats: la sentència diu poc menys que el banc va maquillar els comptes. Greus afirmacions que no estan suficientment emparades amb la prova documental que es suposa emparen dites conclusions. El Jutjat s'equivoca en els següents punts:

a) els comptes van ser auditats per Pricewaterhouse-Coopers i supervisades per la CNMV. No hi ha proves concretes de que es tractés d'un treball incorrecte. L'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes no ha sancionat l'auditor per feina mal feta;

b) banc **Popular** va superar els ratios de solvència i controls de solvència. La causa de la resolució no fou manca de solvència sinó de liquiditat.

c) els mètodes alternatius de valoració proposats pels perits per a les partides de crèdits morosos i actius immobiliaris són incorrectes i a més, contenen informació incompleta, i

d) la re-expressió dels comptes l'abril de 2017 fou voluntària i no va tenir cap impacte significatiu als comptes del banc.

Quant a l'apartat a), no s'evidencia que el mètode d'auditoria hagi estat incorrecte, o que es contravinguessin principis comptables; fins al punt que els propis perits diuen al judici que no han trobat objeccions per part de l'auditor quan aquest va examinar la documentació del banc (min. 50:05 DVD). La conclusió de dits auditors fou que el banc havia preparat els estats financers atenent tots els requeriments corresponents (doc. 12 contestació); i el fullat de l'ampliació es va sotmetre al control de la CNMV; que va considerar idònia la informació continguda a dit fullat. I el va aprovar, registrar i posà a disposició del públic seguint la normativa. El perit d'el'actora també està d'acord en que la CNMV no va trobar cap motiu d'objecció (min. 51 DVD). L'ICAC no ha sancionat ningú (min. 5=:15 DVD). Es permet dir el recurrent que l'únic organisme que podria haver qüestionat els comptes del banc era la CNMV i que per tant no hi ha res a dir i l'afirmació de que no reflectien la realitat és falsa. Invoca la sent. AP Astúries -6a- de 16-7-2018 (que aporta ara en alçada -f. 1.386 i ss.- en ser posterior a sentència i que la Sala accepta per Acte de 18-12-2018) que acaba concloent que no ha estat un problema de solvència el que ha determinat la resolució i la pèrdua de valor de les accions, sinó un problema de liquiditat i, per tant, que no es pot concloure que els informes publicats abans de l'ampliació reflectissin una situació no real. I és que els perits no han analitzat la comptabilitat del banc. Però perquè no hi tenen accés, segons han declarat (min. 42:20 DVD). No han fet l'informe en base a comprovacions comptables, no han mostrat al Jutjat quina normativa comptable hagi estat vulnerada, ni proven que d'haver-se dut a terme el mètode alternatiu que postulen el banc no hauria reflectit les pèrdues que va anunciar l'abril de 2017.

Quant a l'apartat b), reitera que han superat els ratios i controls de solvència. En cap moment l'actiu ha estat inferior al passiu. Admeten els perits (min. 42:50 DVD) que no s'ha incomplert els ratios Basilea III i han admès els del banc que havia superat les inspeccions del BE i les ratios de solvència en tot moment (min. 5:16 DVD 2). Insisteix en que la causa del problema i de la resolució fou una fuga massiva de dipòsits entre maig i juny de 2017 (perit del banc, min. 5:10 DVD 2).

Quant a l'apartat c) sosté que els mètodes alternatius no són correctes. Es basen en resultats nets després d'impostos quan ho haurien de fer abans d'impostos. Fan un exercici especulatiu incongruent amb el marc normatiu de la informació financera que han de seguir les entitats financeres. No s'ajusten a la Circular 4/2004 del BE quant a la determinació dels deterioraments soferts. L'annex IX de la mateixa estableix els criteris a aplicar per a l'estimació de les pèrdues per deteriorament d'ela cartera creditícia (cobertura del risc de crèdit) quan es tingui evidència objectiva de la seva existència. Per això preveu provisions específiques i genèriques o per a danys concrets i de conjunt inespecificables. Hi ha cinc categories de risc. I dintre la primera o risc normal, encara sis categories. I uns percentatges de cobertura depenent del grau de risc. Per tant, resulta una ficció especulativa dir que s'haurien d'haver fet dotacions del 50% amb caràcter més o menys generalitzat entre 2008 i 2016. L'evolució de cada acreditat no fou la mateixa. I reitera que l'informe mateix (pàg. 40) admet que no s'ha pogut revisar la comptabilitat. I el cert és que el banc tenia cobertes la totalitat de les insolvències previsibles de la seva cartera creditícia, entre el 95'65% i el 115'16% entre 2010 i 2016. No han tingut en compte els perits (oblit gens causal) les garanties eficaces en cada cas. El normal és que la garantia cobreixi el 100% del crèdit. Però les entitats preveuen que no esdevinguin suficients i preveuen provisions extres; la columna de provisions per insolvències el que cobreix són aquests extres. Al marge de la garantia. I això ho explica bé el perit del banc (min. 17:20 i ss. DVD 2). Per altra banda l'evolució dels actius dubtosos o improductius (la qualificació no és encertada i és dels perits de l'actora) que sostenen els perits de l'actora que han anat creixent entre 2007 i 2016, i que això són veritables forats que s'han anat emmascarant amb ampliacions i diverses línies, xoquen amb la no aportació de cap prova de sobrevaloració d'actius en anys previs. Obliden que els auditors no van posar cap objecció. Ni el BE ni la CNMV. L'absorció de **Banco Pastor** tampoc ha implicat

cap problema. La gran aportació d'immobles resultant i adjudicats al **Popular** no representa cap falsejament de la comptabilitat ni de la imatge fidel de l'entitat.

Quant a l'apartat d), finalment, entén que la re-expressió de comptes feta l'abril de 2017 fou voluntària i no va tenir un impacte decisiu als comptes del banc: són els propis administradors del banc els que comuniquen a la CNMV que alguns aspectes de l'ampliació han estat objecte de revisió per l'Auditoria Interna de l'entitat, i que calia fer reajustaments d'algunes partides dels estats financers incloses als comptes de 2016. Es va fer conforme a la normativa. Que obliga a fer-ho. Encara que no repercutien en la imatge fidel del patrimoni de l'entitat. Així ho reconeix el perit del banc (min. 22:14 DVD) i que no va tenir impacte en la cotització de les accions.

3er) errònia valoració de la prova en ometre l'experiència de l'administrador de l'actora quant a inversions: la sentència no ha tingut en compte el perfil de dit administrador. Compta amb coneixements i experiència suficient per a comprendre els riscos de contractar accions. Ha estat apoderat, administrador o conseller delegat de 9 societats mercantils, la darrera, IPME 2012 SA precisament dedicada a les inversions. L'any 2006 tenia un compte en preferents, el 2012 va invertir en pagarés i en bons subordinats. Va signar el test de conveniència per a la família de renda variable (doc. 8) manifestant tenir experiència, essent el resultat de convenient per a la contractació d'instruments financers de renda variable.

4rt) La informació subministrada a l'actora: no és cert que no s'hagin complert els requisits d'informació legalment previstos. Tota la documentació facilitada està farcida d'avisos, i està signada per aquests. Remarca que el document d'informació precontractual deixa clar que es tracta d'accions, renda variable, que té un risc de 6 en una escala d'entre 1 i 6. Apareix signat per l'actora.

Per tot això entén la recurrent que no es donen els requisits de l'error. No és ni essencial ni, sobretot, excusable.

Postula la revocació i la desestimació íntegra de la demanda.

S'oposa al recurs la representació de la part actora (f. 1.404 i ss.) pels següents motius:

1er) Hi ha fets i informes nous i posteriors a la vista que desacrediten els arguments del recurrent. S'han de rebutjar tots els motius. S'ha produït el juny de 2018 (BOE núm. 13) la publicació d'una sanció de l'ICAC respecte dels comptes de l'any 2012; hi ha un informe CNMV dels comptes de 2016, de data 23-5-2018 on es diu clarament que l'entitat no representava una imatge fidel (font *Diario Expansión* de 22-6-2018) S'aporta dit informe (l'hem rebutjat perquè es podia haver aportat a l'audiència prèvia). Sosté que no és cert que les accions hagin perdut valor per l'evolució de la marxa de l'empresa, risc consubstancial, sinó que s'oferien accions sota la plataforma d'una informació radicalment diferent a la realitat, induint a comprar per suposats beneficis futurs. El perfil del client davant d'això és irrellevant. Aquesta part sap perfectament què és una acció. Però el client confia en l'entitat. Els bancs intermediaris tampoc podien saber res de tot això. Banc **Popular** ha negat la informació comptable, quelcom que ha dificultat enormement als perits la seva feina. L'aprovació per part de la CNMV no afegeix cap garantia vist el que està passant en aquest país des de fa anys: que les empreses enganyen fins i tot les administracions. Les irregularitats es detecten després. Refereix les declaracions del darrer president del **banco Popular** Sr. Salvador, de data 11-7-2018 al Congrés dels Diputats, davant la Comissió de Crisis Financeres, revelant que el banc no sabia el que tenia en actiu, i que això era una bomba que podia esclatar en qualsevol moment i endur-se per davant inversors i ahorradors.

2on) Quant a la pretesa manca de legitimació passiva: Només ho diu respecte dels drets d'adquisició preferent, no pas respecte de les accions. Per tant, la seva legitimació quant a aquestes està fora de discussió.. la legitimació li ve per emissora del fullotó o de la informació semestral o anual preceptiva (art. 38 TRLMV, art. 124 TRLMV), responsabilitat legal, o bé per via contractual (art. 1101 CC). Es tracta d'accions noves. Estem davant d'un mercat primari i no secundari. Per això cap de les sentències invocades de contrari són aplicables al cas. L'ampliació la va fer el banc entre maig i juny de 2016, es va materialitzar el 20-6-2016 (una OPS) regulada als arts. 33- 40 TRLMV sota el títol "mercat primari" i el RD 1310/2005 que desenvolupava en part la LMV de 1988. L' art. 309 LSC també regula com es fa l'oferta. El butlletí de subscripció que ha de generar l'oferent és una veritable oferta contractual segons tota la doctrina mercantilista més solvent (Garrigues, Uría, Vicent Chulià) i la subscripció el que fa és perfeccionar un contracte. Per tant, no es pot negar la relació contractual entre l'emissor de l'oferta i el client. >La tesi d'ela manca de legitimació cau pel seu propi pes; és el banc qui mantenia les seves pròpies accions en circulació al mercat secundari i primari qui tenia la relació contractual amb els clients, entre ells els aquí actors, . I qui no va alertar del risc de valor zero. Que no era conegut per ningú més. Ningú del mercat ho sabia. L'ampliació hagués estat, del contrari, un fracàs. I els drets de subscripció també han estat comprats al banc, com ho demostra el doc. 1 bis de la demanda.

3er) Quant al suposat error de prova relatiu a que els comptes no reflectien una imatge esbiaixada o irreal: hem de partir de la sent. 3-2-2016 sobre Bankia quant a la informació que havia d'haver publicat. L'any 2015

va tenir 105 milions de beneficis, l'any 2016 3.485 milions de pèrdues i el 2017 13.000 milions de pèrdues. Algú realment es pot creure que una entitat amb més de cent anys d'història desapareix d'un dia per altre després de ser venuda per un euro al **Banco** de Santander? I que en tan pòc temps es pugui generar un forat tan gran?. La sentència és clara quan diu que la retirada massiva de fons no explicaria una crisi tan gran com la patida pel banc al llarg de 2017. No han explicat per què l'evolució de l'import del crèdit a la clientela va passar de 93.452.619 milions el 2012 a 117.298.902 milions el 2016. Ni s'explica per què van créixer tant i tan exponencialment els actius immobiliaris improductius, els actius tòxics, etc. especialment a partir de 2008. Tot in tenir tota la informació comptable, cosa que no han disposat els perits de l'actora, els perits del banc no encerten a donar explicacions creïbles. Ni convenç que estiguem davant una mera resolució política del banc. El que resulta palpablement clar és que l'entitat, al temps que ofería una ampliació l'any 2016, ofería una imatge irreal en base a uns resultats de guanys que no eren tals i que venien donats per l'ús d'artificis comptables, no fent una cobertura correcta dels crèdits morosos ni una valoració correcta dels actius improductius o tòxics.

Recorda que la prova del bon fer i de la correcta informació és de l'entitat financera, no pas de l'actora la prova del contrari.

Quant a les afirmacions fetes al judici, el fet que els auditors no hagin posat cap pega, no significa que estiguin bé els comptes. L'ICAC ja els ha dit que s'han de revisar els exercicis 2016 i 2017 i l'auditora ja ha estat sancionada pel seu mal fer quant als comptes de 2012. Es deia a l'informe de la nota sobre l'ampliació de 2016 que el banc tenia un matalàs de liquiditat per combatre el risc de liquiditat. On era?. La informació que hem tingut és la que fins al darrer moment han tingut les autoritats europees. El propi ex-director del Banc d'Espanya (Sr. Carlos Daniel) acaba manifestant que els problemes de liquiditat sempre solen venir precedits de problemes de solvència. No s'acredita la suposada sobtada il·liquiditat: no es diu què es va fer per evitar-la, no es porten els llistats de les persones i entitats que haguessin retirat els fons ni la periodicitat en que això s'hagués fet, per què no expliquen, en tot cas, els motius de la gent per retirar els seus fons del banc? A més la nota informativa de 28-8-2018 de la DGPI de la UE diu clarament que el 5-6-2017 se li van injectar 2.000 milions d'euros procedents de l'ELA (provisió urgent de liquiditat) i el dia següent es van sol·licitar 1.600 milions més i se'n van aportar 40.000 com a garanties. Però tot i això no es va acabar concedint per manca de garanties. Serà que no tenien el valor correcte? Deloitte coincideix amb els nostres perits en que l'estimació del valor raonable dels béns adjudicats implica una retallada de valoració d'entre el 42 i el 47% de les taxacions fetes per Hipòcrates (del propi BP), per inadequada consideració de la normativa ECO, un dèficit d'entre 2'50 i 3'20 milions d'€. L'estimació raonable del valor dels actius materials implica un dèficit d'entre 126 i 231 milions, entre un 15 i un 27%. Noti's que és també una auditora qui fa aquest informe. Les garanties eficaces que anuncia la part adversa no han estat aportades per veure si són reals o no. El fet que les autoritats de control hagin decidit el que han decidit parla per si sol. Que el valor de les accions no baixés prou després de la re-expressió de comptes no significa que aquesta part tingués la possibilitat de conèixer que es jugava un valor zero imminent. **Banco** de Santander ha hagut d'injectar més capital de la venda d'actius tòxics, reduint empleats i tancant oficines. El que evidencia manca de liquiditat i problema d'estructura de l'entitat. És clar que hi ha un vici de consentiment quant a la solvència de l'entitat que es presentava com bona.

4rt) El perfil del client no és rellevant: aquesta part sap perfectament què és una acció, però també sap distingir una informació que apunta a solvència de la que apunta a mera especulació o aventura. Invoca les sentències que de moment participen de la tesi de la recorreguda.

5è) Quant a costes, cal aplicar el principi de venciment objectiu.

Postula la confirmació amb costes.

Segon. La anàlisi de l' actuat revela acreditats els següents antecedents i fets:

a) l'actora (23-2-2018) insta accions d'anul·lació front de **Banco Popular** Español SA (ara succeït per absorció per **Banco** de Santander) del contracte de compravenda de drets de subscripció preferent i d'accions de **Banco Popular** el juny de 2016 i subsidiària de danys i perjudicis per infracció del deure d'informació precontractual plena i veraç.

La tesi actora és que com a empresa va acudir a l'ampliació de capital de **banco Popular** el juny de 2016 i va adquirir drets de subscripció preferent (per import de 665'43 €) i accions (per import de 4.371'25 €) complint la normativa de compra apareguda en el fulletó de la CNMV. Sosté que la imatge que ofería l'entitat fins l'amortització de les accions l'any 2017 i la informació que emetia la pròpia entitat van ser elements decisius per escollir endegar aquesta operació. Si hagués sabut els problemes que després van revelar-se que tenia el banc no ho haguessin pas fet. Mai s'ho van imaginar, ni que l'any 2017 seria intervinguda i venuda per un euro al **Banco** Santander. La causa del perjudici sofert no ha estat la intervenció sinó la conducta del banc que des del 2010 ens va enganyar a tots amb uns comptes i uns balanços que no reflectien la realitat financera i comptable del banc (crèdits morosos ni dotats ni provisionats, balanços maquillats, etc.). Ara sabem que les ampliacions

de 2012 i 2016 pretenien tapar un forat impossible de cobrir. Remarca el creixement, ja reflectit als propis balanços, del compte de morosos que entre 2007 (834.478 milions) va passar a 2017 a 19.112.000 milions. Santander ha hagut d'injectar més de 13.000 milions en provisions. També el compte d'actius problemàtics ara sabem que ha passat de 405.590 milions l'any 2007 a 15.937.000 milions el 2017. I en un quadre 3 explica com les provisions vans er molt inferiors. Acompanya un dictamen pericial per economistes d'APDEF (f. 62 i ss.) que explica en detall per dibuixar com no expressava a través de les comunicacions fetes entre 2012 i 2016 (la comptabilitat no l'han pogut examinar) una imatge fidel. Remarcant així mateix que el nou administrador va comunicar el 3-4-2017 un fet rellevant a la CNMV, que hi havia circumstàncies que explicaven (doc. 5, f. 124 i ss.) insuficiències de provisions de 123, 160 i 145 milions, reconeixent a més que s'havia finançat a clients per tal que anessin a l'ampliació del 2016.

Invoca manca d'informació addicional més enllà del que sortia al fulletó, invoca la sent. TS 14-11-2005 a partir de la qual la jurisprudència és clara en imposar a les entitats la càrrega de la prova de la seva bona conducta informativa. Destaca documents tals com els que aporta (doc. 6, carta del president als accionistes dient que 2015 havia anat molt bé, f. 126) dossier informatiu resumen del fulletó plegat d'inexactituds, informació esbiaixada i errònia per no dir falsa. Aquesta part va comprar sobre una raonable (documentada) esperança de cert guany i no pas en vistes a un valor zero imminent.

Acaba comentant el que ja sap tothom, com fou intervingut i dissolt el banc.

Especifica que s'exercita l'acció de nul·litat per vici del consentiment (error o error dolosament causat) en primer lloc. Demana en tot cas la restitució dels 5.036,68 € invertits amb interessos legals des de la compra amb el compromís de retornar tot el rebut a canvi així com els títols si fora possible.

Acompanya la documentació de l'ampliació (doc. 1 f. 42 i ss.), la Single Resolution Board (doc. 7, f. 127 i ss., traduït de l'anglès als f. 138 girat i ss.), anuncia del FROB de la resolució del banc a 7-6-2017 (f. 152 i ss.) i informe ESMA (European Securities and Markets Authority) de 2-6-2016 (doc. 9, f. 161 i ss.), traduït de l'anglès (f. 166 i ss.) sobre pràctiques MiFID per a empreses que venen instruments financers sotmesos a la BRRD

b) Admesa a tràmit la demanda per decret de 1-3-2018 (f. 176 i ss.) va contestar la part demandada (f. 186 i ss.) oposant-se a la demanda destacant, en primer lloc, que es tracta d'accions, instruments no complexes i drets de subscripció en mercat secundari, que comporten un risc de pèrdua com de guany, que tothom coneix. I que no és just que es pretengui desplaçar al banc el risc d'una operació d'aquesta naturalesa.

Destaca que la comptabilitat del banc fou auditada per PriceWaterhouse sense cap objecció. Tot i reconèixer l'exposició del banc des de feia anys degut a la depreciació constant de la seva cartera d'actius immobiliaris i degut a les exigències de cobertura de les operacions de crèdit en situació de mora, i tot i admetre que l'ampliació de 2012 fou obligada per a poder captar més de 2.500 milions, com la de 2016, remarca que en cap cas es pot basar la reclamació en actuacions culpables.

Altrament, indica que la informació sobre l'estat del banc era perfectament difosa pels mitjans. I així remarca que el 3-2-2017 es van publicar els resultats del darrer trimestre de 2016 amb pèrdues de 3.485 milions d'euros i el 10-4-2017 la junta general ordinària del banc va aprovar els comptes de 2016 amb un saldo negatiu de poc més de 3.222 milions. Malgrat tot, l'ara demandant no va vendre. Podent-ho fer. Aquestes pèrdues sembla que l'actora les usa com a subterfugi, per poder dir que se li van ocultar. I arriba a indicar que tampoc haguessin estat definitives per a la pèrdua de valor de les accions sense un seguit de circumstàncies (que no explica) que es van succeir entre maig i juny de 2017, una situació que va generar pànic i retirada massiva de fons dels clients assolint l'acció la pitjor situació del Ibex 35 per capitalització. Es va simplement exhaurir la liquiditat i el banc no podia fer front a les seves obligacions corrents.

S'oposa en concret manca de legitimació passiva: els drets de subscripció es van adquirir d'altres accionistes, en el mercat secundari. **Banco Popular** no fou part ni va rebre cap comissió per això. Invoca la sent. AP Madrid de 5 i 15-12-2016 i 3-10-2016.

L'acció de nul·litat per vici del consentiment només opera, com tota la normativa del CC, de forma subsidiària en una contractació mercantil. Primer s'ha d'aplicar la llei especial (art. 38 LMV) i el CCom. es tracta d'una acció ben diferent, que vindria a anul·lar tota l'ampliació (sent. TS 17-2-2006, 16-12-2005, 20-12-2002, 30-9-2002 i 2-11-2001).

D'altra banda, el perfil del Sr. Cirilo, administrador de l'actora, és el propi d'un expert administrador, que ha estat en consells de 9 empreses abans, la darrera de les quals era una societat de cartera, client personal del banc i comprador de preferents l'any 2006, pagarés l'any 2012, bons subordinats l'any 2012, de manera que té l'experiència suficient per a assumir el risc.

Altament el banc va aportar tota la informació necessària per al client. Va signar el test de conveniència i així mateix els contractes de custòdia i administració de valors, les condicions generals per a la prestació de serveis d'inversió, de manera que no es pot admetre l'error ni l'engany.

L'ampliació es va dur a terme en condicions legals i prestant una àmplia informació. **Popular** no va rebre ajuts públics en travessar la crisi. Reitera que la part actora sabia les dificultats que havia passat. I tot i conèixer les que van venir no va vendre. Sosté que la informació donada era tot el completa i veraç que podia ser.

Anuncia pericial.

Acompanya nombrosa documentació, la immensa major part de la qual és posterior a la venda (doc. 1, f. 225 i ss.) la resolució del FROB, una consulta d'operacions de valors (doc. 2, f. 234), informació fiscal de 2016 (doc. 3, f. 235), informe Axesor sobre càrrecs del Sr. Cirilo i Mas (doc. 4, f. 236 girat i ss.), consulta d'operacions de valors del Sr. Cirilo (doc. 5, f. 243), contracte de custòdia (doc. 6, f. 244 i ss.), contracte de condicions generals per a la prestació de serveis d'inversió (doc. 7, f. 248), test de conveniència (doc. 8, f. 248 girat i 249), retalls de premsa (doc. 9, f. 249 girat i ss.), document registre de l'emissor (doc. 10, f. 251 i ss.), nota sobre les accions i resum (doc. 11, f. 307 girat i ss.), informe d'auditoria PWC de 26-5-2016 de revisió d'estats financers (doc. 12, f. 397 girat i ss.), informació precontractual signada (doc. 13, f. 398 girat i ss. -signada al 399 girat-), nota resum nota d'accions signada (doc. 14, f. 400 girat i ss. -signat al f. 410-), ordre de subscripció de drets d'adquisició preferent (doc. 15, f. 410 girat i ss., signat), nota de premsa de 29-7-2016 resultats del segon trimestre de 2016 (doc. 16, f. 411 girat i ss.), informe trimestral del segon trimestre de 2016 (doc. 17, f. 415 i ss.), comunicacions de fets rellevants diversos (docs. 18-20, f. 432 i ss.), nota de premsa sobre els resultats del tercer trimestre de 2016 (doc. 21 i 22, f. 434 girat i ss.), informe trimestral 3er trimestre de 2016 (doc. 22, f. 438 i ss.), més comunicacions de fets rellevants diversos (docs. 23-25, f. 453 girat i ss.), notícies de premsa generades durant el tercer trimestre de 2016 (doc. 25-26, f. 455 i ss.), comunicació de fet rellevant de 1-2-2017, presentació resultats del 4rt trimestre de 2016 (doc. 27, f. 456), nota de premsa de 3-2-2017 sobre els resultats del 4rt trimestre de 2016 (doc. 28, f. 456 girat i ss.), informe trimestral del 4rt trimestre (doc. 29, f. 461 i ss.), comunicacions de fets rellevants (docs. 30-31, f. 482 i ss.), notícies de premsa (doc. 32, f. 487), acords de la Junta general d'accionistes de 10-4-2017 (doc. 33, f. 487 girat i ss.), comunicació de fet rellevant de 3-5-2017, presentació resultats primer trimestre de 2017 (doc. 34, f. 489), nota de premsa sobre dits resultats (doc. 35, f. 489 girat i ss.), informe trimestral primer trimestre 2017 (doc. 36, f. 493 i ss.), notícies de premsa durant primer trimestre (doc. 37, f. 514 girat i ss.), comunicacions de fets rellevants (docs. 38-39, f. 516-518), notícies de premsa d diferents fonts (docs. 40-43, f. 519 i ss.), més comunicacions de fets rellevants (docs. 44-45, f. 526 i ss.), més notícies (docs. 46-47, f. 527 girat i ss.), cotització de les accions entre 4-1-2016 i 6-6-2017 a Borsa de Madrid -de 2,936 € a 0'302 €- (doc. 48, f. 530 girat i ss.) i carta d'acceptació de l'encàrrec del perit (doc. 49, f. 535).

c) La diligència d'ordenació de 29-3-2018 va assenyalar la vista per al 7-6-2018 (f. 536).

d) Consta aportat al f. 544 i ss. retall de premsa sobre l'advertiment de Deloitte entorn de la incertesa que voltava la seva valoració del **Popular**, addenda a la pericial actora i annex 14 (informe financer semestral corresponent al 2on semestre de 2017 de la CNMV) i l'annex 15, informe Deloitte Hipocrates Provisional Valuation Report (f. 564 girat i ss.) no traduït de l'anglès, l'informe pericial de la demandada a càrrec del gabinet Ayuso Laínez & Monterrey (f. 581 i ss.) quines conclusions i consideracions finals (f. 601 i ss.) és que els perits de l'actora usen conjectures especulatives, no han comprovat els registres comptables de l'entitat, refusen la qualificació d'insolvent que fan del banc, que en contra del que pensen els perits actors, de la carta als accionistes que acompanya els comptes anuals de 2016 no se'n desprèn que la situació de l'entitat no fora l'adequada. Entenen errònia i sense fonament que en allò que anomenen reformulació (mera re-expressió) afloressin riscos molt significatius, i sense fonament voler justificar que la imatge comptable dels exercicis anteriors no fora fiable; no hi ha falsedat quant a l nombre d'actius adjudicats, ja que l'existència d'un major o menor nombre d'aquests actius o es pot considerar falsejament de la imatge de l'entitat, que resulta dels balanços on consta clarament el seu import. Nega que les diferents ampliacions de capital hagin estat degudes a la necessitat de captar capital per tancar forats; torna a justificar-ho en que en tot cas el deteriorament dels actius resulta dels comptes. Sosté que els administradors del banc no podien preveure el deteriorament de determinats elements integrants de l'actiu. De cap manera els anomenats pels perits de l'actor "tocs d'atenció" fets per la consultora Oliver Wayman el 2012, sobre insuficiència de capital, la venda o no venda d'actius al SAREB, el fet de no demanar el rescat o de no acceptar l'oferta de compra del BBVA SA el novembre de 2016 ni les mesures adoptades després de l'absorció per **Banco** de Santander serien una mostra d'una nefasta gestió i de l'engany a que s'hauria sotmès els accionistes des de 2009, sinó que es tracta de només decisions corporatives. La injecció de més de 7.000 milions per Santander no seria tampoc una mostra d'aquest engany; sembla que els perits de l'actora desconeixen el diferent marc normatiu sobre el que s'elaboren els estats financers intermedis resumits del semestre acabat, del 2016, i els reflectits en els estats

financers resumits de 30-6-2017 de **Banco Popular**. El banc, diuen, s'ha enfrontat a tres canvis legislatius sobre informació i formulació de comptes des de 2015, de manera que fins 30-9-2016 era aplicable la Circular 4/2004 de 22-12-2004 del BE, modificada parcialment en diferents ocasions, en particular quant a reconeixement de pèrdues per deteriorament, per la Circular 372010 de 29-4-2010 del BE; i des del 1-10-2016 a 6-6-2017 va seguir vigent la 4/2004 però en la redacció de l'annex IX de la 4/2016. Per això les xifres del segon semestre de 2017 no són compatibles amb les presentades als comptes anuals. I, en conclusió, les variacions no són prova de cap falsedat. Els resultats de la valoració de Deloitte tampoc avalen les conclusions dels perits actors. Es basen en un marc normatiu diferent (annexos al f. 607-1271).

e) La vista es va celebrar a la data prevista (DVD itinerat). La demandada va acompanyar l'informe provisional Deloitte (f. 1331 i ss.)

f) Les conclusions escrites sobre la prova practicada de la part actora consten al f. 1274 i ss. i les de la demandada són al f. 1280 i ss. (acompanya sentències afins a la seva tesi -f. 1288 i ss.-)

Tercer. La sentència d'instància, de data 23-7-2018 (f. 1.351 i ss.), en base a la documental i pericials practicades, estima íntegrament la pretensió actora.

Quant a la legitimació passiva del **Banco Popular** SA, com sigui que qui ha fet l'oferta de compra ha estat la pròpia entitat, hi està implicada no solament en la venda de les accions sinó també dels drets de subscripció preferent, atès que qui assumeix la posició rellevant i important en la comercialització ha de recomanar i informar minuciosament els clients d'allò que els recomana comprar. Invoca la sentència de l'AP d'Àlava de 21-2-2014 que destaca aquesta legitimació en base a la necessària informació a donar per part de l'intermediari, no necessàriament del venedor. A més, al doc. 1 bis de l'actora es diu clarament que els drets de subscripció preferent es compren a BP el 10-6-2016. I encara més, el client no pot comprar directament al mercat secundari i ho ha de fer a través d'una entitat operadora al mateix, en aquest cas el Banc que li ofereix el producte. Per tant, conclou la seva plena legitimació activa.

Quant a la idoneïtat de l'acció: la normativa civil és supletòria de la mercantil; l'art. 38 LMV no és la única solució; ja ha estat resolt això pel TS, a les dues sents. de 3-2-2016. Les normes sobre fulletó són *lex specialis* i la normativa civil *lex generalis* quant a responsabilitat i els accionistes que accionen per fulletó es consideren tercers segons el TJUE i poden reclamar el retorn d'aportacions. Els creditors de la societat no estan protegits fins al punt de que la societat no pugui contraure responsabilitats i deutes rescabatoris. Per tant, les accions dels arts. 1300 i 1303 en relació al 1265 CC són perfectament viables.

Quant al vici de consentiment el considera suficientment acreditat si es dona un palpable incompliment del deure d'informació de l'entitat. L'absència de la plena prova d'aquesta plena informació veraç permet presumir l'error (sent. TS 20-1-2014). L'actor, però, a més, entén que el fulletó no reflectia la imatge real del banc. S'ha d'entrar a esbrinar això. El Jutjat entén acreditat que des de 2008 a 2015 el banc oferia una imatge pública de fortaleza alhora que apostava per un creixement basat en la concessió de crèdits a famílies y pymes, de manera que no es va valorar l'elevat risc que això suposava. A la llarga aquesta política derivà en morositat i actius dubtosos. Per ocultar la seva veritable situació, va recórrer aleshores l'entitat a ampliacions de capital alhora que decidí no provisionar de forma correcta la morositat de clients i el caire tòxic de molts actius. Amb aquests artificis comptables i la compra del **Banco Pastor**, que tampoc va ajudar, així com amb la negativa de la direcció del banc a demanar el rescat o acudir al SAREB per desprendre's d'actius tòxics, va arribar un moment en que va haver de ser resolt i adjudicat per un euro a **Banco Santander SA**. Això, en general.

De forma més concreta, els comptes anuals dels exercicis 2008 a 2016 presentaven resultats positius, excepte els anys 2012 i 2016 en que no constaven guanys; als informes d'auditoria no es va fer, per a aquests anys, cap salvedat o èmfasi de cap mena en referència als nous requeriments de capital que demanava el Banc Central Europeu.

El 26-5-2016 es va anunciar com fet rellevant l'aprovació d'una ampliació de capital on consta que l'augment serà de 1.002.220.576,50 € mitjançant la posada en circulació de 2.004.441.153 noves accions de 0'50 € de valor nominal cadascuna, a emetre pel seu valor més una prima d'emissió unitària de 0'75 €, d'on resulta un tipus d'emissió d'1'25 €/acció. Amb la finalitat d'enfortir el balanç i millorar tant els seus índex de rendibilitat com els seus nivells de solvència i qualitat d'actius. Es preveia que després de l'ampliació el seu marge de maniobra seria millor front dels requeriments regulatoris futurs i front de la possibilitat de que es materialitzessin determinades incerteses que poguessin afectar les seves estimacions comptables. S'estima que la necessitat, a l'efecte, de reforç dels nivells de cobertures durant 2016 podria assolir uns 4.700 milions d'€, un augment d'uns 12 punts fins a assolir un 50%, en línia amb el promig del sector. De produir-se això comportaria pèrdues importants que restarien íntegrament cobertes, a efectes de solvència., per l'augment del capital, amb una suspensió temporal del repartiment de dividends, de cara a enfrontar dit entorn d'incertesa amb la major solidesa possible. Amb una reducció progressiva d'actius improductius.

De dita publicació es deduia clarament que el banc amb l'ampliació pretenia cobrir morosos i actius dubtosos o clarament tòxics. Oferí una imatge de fortalesa irreal, usant expressions tals com "reforçar la seva potent franquícia i model de negoci i seguir avançant amb fermesa", o "continuar de forma accelerada amb la reducció progressiva d'actius improductius".

Aquesta imatge sobradament positiva es trasllada al fulletó de l'ampliació on es recull que l'ampliació "reforçarà les fortalezes i la rendibilitat del negoci principal del banc i reduirà el cost del risc esperat per als propers anys i permetrà accelerar l'estratègia de reducció del negoci immobiliari: nou objectiu de desinversió de -15.000M d'actius improductius bruts entre 2016 i 2018 (-45% vs.1 trimestre 2016). Com a resultat, el banc podrà tenir una elevada capacitat de generació orgànica de capital futura, el que permetrà accelerar la tornada a una política de dividendes en efectiu normalitzada a partir de 2017"

Però el 3-4-2017 es comunica a la CNMV l'existència de determinades incidències quant a la cartera de crèdit i a l'ampliació de capital: 1) insuficiència en determinades provisions respecte a riscos que han de ser objecte de provisió i que afectarien el resultat de 2016 (i al patrimoni net) per import de 123 milions; 2) possible insuficiència de provisions associades a crèdits dubtosos en els que l'entitat s'hauria adjudicat la garantia vinculada a aquests crèdits que, estimada estadísticament, pujaria aproximadament a 160 milions d'€; 3) Possible obligació de donar de baixa algunes garanties associades a operacions creditícies dubtoses, essent el saldo viu net de provisions de les operacions en les que s'estima que es podria donar aquesta situació, d'aproximadament 145 milions d'€, el que podria tenir un impacte encara no quantificat en les provisions corresponents a aquestes operacions; 4) determinades operacions de finançament de clients que es podrien haver usat per a anar a l'ampliació de maig de 2016, quin import, si es verificqués, s'hauria de deduir del capital reguladori del banc, sense cap efecte sobre el resultat, ni sobre patrimoni net comptable, estimant-se aquestes finançaments en 205 milions essent l'import total objecte d'anàlisi de 426 milions d'€.

Assenyalant que el gruix de l'efecte relacionat amb els crèdits dubtosos prové d'exercicis anteriors a 2015 i que, per això, tindria escàs impacte en els resultats de l'exercici 2016, encara que sí que afectaria el patrimoni net.

Aquest fet es trasllada al primer informe trimestral de l'exercici 2017 on apareix un apartat anomenat "reexpressió de comptes 2016" on igualment s'indica que el 3-4-2017 es va publicar aquest fet rellevant i on es resumeixen els impactes inclosos (quantitats brutes, sense considerar efecte impositiu) en dit fet rellevant. Quan, finalment, s'aproven els comptes de 2016 resulta reconegut un resultat de pèrdues per import de 3.222.317.508,86 €; d'on es precipita la decisió del FROB de resoldre el banc.

El desenllaç de tot plegat: la inadequada cobertura dels crèdits morosos i dels actius dubtosos. Provisió inadequada.

La imatge oferta entre 2008 i 2015 fou d'extraordinària fortalesa. Però la política de concessió de crèdits a particulars, famílies i pymes no valorant degudament el risc de crèdit que això suposava va debilitar l'entitat. L'evolució del crèdit va passar de 93.452.619 milions el 2012 a 117.298.902 milions el 2016. La morositat va augmentar també dels 13.976.733 milions el 2012 a 19.601.578 el 2016. Mentre que el 2008 la xifra de morositat no superava els 3.000.000 €.

El fet de no provisionar correctament aquests morositat feia que els comptes anuals no reflectissin la realitat (quan es comptabilitza una provisió per un import major de dotacions per insolvències això fa que caigui el benefici i comencin a reflectir-se pèrdues).

Explicat de forma més senzilla, el banc no computava de manera correcta els crèdits morosos de molt difícil cobrament; d'haver-los computat correctament com a passiu i no com actiu l'entitat hauria vist reduït el seu benefici i mostrat pèrdues.

Reprodueix la sentència el quadre de la pàg. 17 de l'informe pericial de l'actora.

D'haver actuat correctament, hauria reflectit pèrdues a partir de 2011. El forat que apareix de sobte el 2017 té un clar origen en els exercicis anteriors.

També van jugar un paper important segons la pericial actora els actius dubtosos. Segons el quadre de la pàgina 45 de dit informe, en el període 2007-2017 (1er. trim.) es va produir un creixement desproporcionat dels actius tòxics. Especialment a partir de 2008 i fins 2013. Es van multiplicar en més de 51 vegades. Especialment entre 2012 i 2013, novament coincidint amb la compra de **banco** Pastor. Mantenir aquests actius en valors irreals ha desvirtuat durant anys la imatge del banc.

Considera la sentència que tots aquests extrems no han estat desvirtuats per la pericial de la part demandada. Mantenen els perits del banc que tot ve d'una manca de liquiditat i no pas en manca de solvència. Per ells la manca de liquiditat determina immediatament la impossibilitat de seguir complint les obligacions corrents i el

banc té que tancar. Cert, però no expliquen com s'hauria produït aquesta baixada sobtada de la liquiditat. Que no explica tampoc l'ascens vertiginós de la morositat del crèdit a clients i del volum d'actius tòxics.

I això que els perits de la demandada han disposat de la comptabilitat del banc, cosa que els ha estat negada als de l'actora.

I estableix clarament que la idea de que la decisió de tancar fou política no es pot compartir, no convenç.

Per tant, la conclusió del Jutjat és que el banc, al moment de fer l'ampliació, moment en que l'ara actora va comprar-li accions, oferia una imatge irreal per a captar clients que no es corresponia amb la situació real del banc. A través de resultats alterats per valoracions no ajustades a la realitat.

Conclou també que això va induir a error al comprador. Pensà que comprava una part d'una societat forta quan no era així, sense tenir la possibilitat de saber quina era la veritable situació. Error per tant sobre la solvència del banc, element essencial per a qui compra.

Error que considera a més excusable ateses les circumstàncies.

En conseqüència, anul·la la venda i condemna el banc a retornar els 5.036,68 € invertits en accions i drets d'adquisició preferent més interessos legals des de la data de la compra, i al demandant a retornar qualsevol tipus de dividend percebut, més interessos legals des del cobrament corresponent, i els títols.

Amb costes a la part demandada.

Quart. Examinarem en primer lloc el segon motiu de recurs, que entén que el banc **Popular** (ara Santander) no està legitimat passivament pel que fa a respondre d'la validesa o nul·litat de l'adquisició per l'actor dels drets d'adquisició preferent, ja que van ser venuts per un titular anterior i diferent al banc que és qui ha percebut el seu preu (665'43 €); no pas el banc.

No es pot acollir.

Al respecte, el primer que s'ha de remarcar és que aquesta afirmació en alçada constitueix el reconeixement de la legitimació passiva quant a l'emissió de les noves accions. Sens cap mena de dubte. Tot emissor a qui s'adquireix directament és part legítima d'una possible acció de nul·litat o de responsabilitat -ja s'entengui ex lege o contractual (art. 38 TRLMV, art. 124 TRLMV, art. 1101 CC i concordants)-. Estem davant d'accions noves, mercat primari, una OPS (arts. 33-44 TRLMV) encara que la compra s'hagi fet per intermediaris col·locadors. No hi ha més discussió al respecte.

Ara bé, quant als drets d'adquisició preferent, consten al doc. 1 bis de l'actora que s'adquireixen del banc. En cap moment s'acredita provinquin d'accions de titularitat aliena al propi banc, supòsit en el qual certament la legitimació passiva decauria.

Compartim amés la tesi del Jutjat que es basa en la sentència de l'AP d'Àlava de 21-2-2014 que va entendre legitimada l'entitat emissora en cas de venda de drets d'adquisició preferent de tercers, atès que es tractava d'una inversió assessorada, i, per tant, el vici s'estenia també a la compra de productes de procedència tercers cridats a convertir-se en accions, com són els drets d'adquisició preferent.

Que, certament, un particular no pot adquirir d'un altre titular, sinó a través del mercat borsari i a través d'un operador autoritzat, en aquest cas el propi banc llançador de l'OPS.

Cinquè. El primer i tercer motius de recurs ens diuen que el banc emissor va complir tots els requisits per a treure al mercat l'ampliació de capital que ens ocupa havent passat les auditories i els filtres institucionals pertinents (CNMV) quant a l'exactitud dels seus comptes, superant les ratios de solvència. Sostenint que els mètodes comptables emprats pels perits no són de rebut i que la re-expressió de comptes posterior a la compra que ens ocupa no ha tingut cap influència en aquest cas.

No es poden acollir.

La realitat és més tossuda.

Independentment del que es raonarà més endavant quant a la força que un contingut exacte i fidel del fullotó té en aquest cas i semblants que es puguin donar.

Les qüestions que avui es plantegen en aquest recurs ja han estat resoltes per aquesta Audiència. Per exemple, per la sent. de la secc. 17ª de 18-7-2019 (ROJ SAP B 10944/2019).

Anotarem simplement alguns antecedents comuns entre un cas i altre: la comentada sentència de la secció 17ª es va enfrontar pràcticament amb els mateixos arguments de recurs (1) error en la valoració de la prova en concloure la Jutjadora d'instància que el informe pericial de la demanda és prova vàlida i suficient; 2) no concurrència dels requisits exigits per a estimar l'acció d'anul·labilitat per vici del consentiment, tota vegada

que l'apel·lant afirmà que no era possible apreciar vici del consentiment del demandant i que, d'apreciar-se algun error, aquest en cap cas seria essencial ni tampoc excusable; 3) improcedència de l'acció de danys i perjudicis, ja que a manca d'incompliment no hi ha relació de causalitat i en tot cas el dany al·legat no seria imputable objectivament al Banc; 4) no concurrència dels pressupòsits per a l'atribució de responsabilitat atès el règim especial de responsabilitat civil derivada del fulletó).

Allí com aquí, la sentència d'instància va concloure que "si la informació financera pública o publicada de la entitat bancària quines accions s'adquirien estava greument tergiversada, el comprador no va poder formar-se un consentiment vàlid. La representació mental que es feu al contractar era falsa, equivocada, en fi, errònia". Tant allí com aquí, cal recordar-ho, el consentiment denunciat pel client no ho fou respecte del producte contractat o objecte dels contractes subscrits (a saber, accions), ja que l'actor ha admès -i ho reitera aquí en la seva oposició al recurs- conèixer les característiques generals, riscos i funcionament de les accions, tractant-se d'un producte financer no complex quins riscos associats són notòriament coneguts i assumits per qualsevol inversor. De manera que, allí com aquí, l'objecte del procediment és determinar si per part de l'entitat bancària s'havien subministrat a l'actor -i al públic en general, via fulletó-, previ a la contractació, una informació detallada i sobretot veraç entorn de la seva solvència i situació financera, de manera que l'incompliment d'aquest deure d'informació o la ocultació de la situació real hauria provocat sens dubte un vici en el consentiment del demandant que hauria contractat en base o amb fonament en unes circumstàncies que en realitat no concorrien i que, d'haver conegut les reals, no hagués contractat. Per tant, l'error denunciat no recau sobre les característiques i riscos del producte contractat, sinó sobre la situació financera i patrimonial de l'entitat bancària, de quin accionariat i, per tant, de quina futura fortuna passava a formar part el comprador en assolir la qualitat d'accionista.

El que resulta de relleu aquí és analitzar la informació oferta al fulletó informatiu i determinar si, en atenció als fets realment ocorreguts, les dades obrants en dit fulletó es corresponien amb l'efectiva situació real de l'entitat bancària; i, de no ser així, cap concloure que es va produir error en el consentiment de l'actor.

Compartim amb l'actor que hi ha informes i fets posteriors a la vista que desacrediten totalment l'argumentació de l'ara recurrent. Que els auditors no hagin posat pegues als comptes del banc no fa prova plena de la bondat de dits comptes. L'ICAC ja els ha dit que s'han de revisar els comptes de 2016 i 2017. L'auditora ha estat sancionada (BOE núm. 13 de juny de 2018 que conté l'anunci de la sanció imposada per l'ICAC respecte dels comptes de 2012). O l'informe de la CNMV relatiu als comptes de 2016 on es deixa clar que l'entitat no representava una imatge Fidel (és notori que el *Diario Expansión* de 22-6-2018 reflectia això, encara que hàgim hagut de refusar l'exemplar perquè es podia haver aportat a l'audiència prèvia). O la declaració, més que pública, del president del banc Sr. Salvador de data 11-7-2018 davant la comissió del Congrés dels Diputats encarregada d'investigar Crisis Financeres, on revelà que el banc no sabia a ciència certa què era el que tenia realment en actiu, qualificant aquesta situació de veritable bomba que podia esclatar en qualsevol moment, enduent-se per davant inversors i estalviadors.

Deloitte coincideix amb els perits de l'actora, certament, en que el valor dels actius materials implica un dèficit d'entre 126 i 231 milions, entre un 15 i un 27%

En cap moment acredita el banc que la pèrdua de valor sobtada i exponencial de les accions hagi estat deguda a circumstàncies alienes a la seva pròpia situació financera (ja sigui per problemes estructurals o de liquiditat temporal) prèvia a l'ampliació que, tot apunta, va servir per tapar un enorme forat.

És cert, a més, que els perits de la part actora han hagut de fer el seu treball sense comptar amb la comptabilitat del banc, que aquest no ha volgut traslladar-los. Però el seu treball s'ha vist corroborat per aquests fets posteriors.

Sisè. El quart motiu de recurs entén que el Jutjat no ha valorat bé que l'actor era administrador d'una societat i per tant tenia coneixements i experiència suficient per a comprendre els riscos de contractar accions, en tant que ha estat apoderat o administrador de 9 societats.

No es pot acollir.

Ja hem avançat més amunt que l'acció exercitada no és contra el risc o manca de transparència ínsita del producte, sinó de la solvència de la societat emissora de les accions. L'error en tot cas és sobre aquesta solvència, en base a una informació publicada que no permetia sorpreses com les que han contès. El perfil del client no és rellevant aquí: sabia perfectament què és una acció i els riscos inherents a tota acció. També els propis d'una ampliació, on poden haver-hi pujades immediates importants i després baixades sobtades -limitades- per retirada d'inversors merament especulatius que operin en curt termini i prefereixin una realització immediata de beneficis diferencials molt alts entre preu de sortida i de cotització uns dies després. No és el cas.

Les accions van baixar després de la re-expressió de comptes de 2017. I encara que passés un cert temps entre aquesta -qualificada d'irrellevant aleshores com ara per l'entitat- i la pèrdua sobtada i profunda de valor, això no va permetre en cap cas al client albirar el crack definitiu perquè senzillament no era raonablement esperable després d'una oferta com la que va publicar el fulletó que va induir als inversors a comprar. Aquest afer és notori que li està costant molt a Santander, tot i haver comprat **Popular** per un euro, fins al punt d'haver hagut de reduir plantilla i oficines.

Però anem al fulletó que serà el desllodrigador d'aquest cas.

Setè . El cinquè motiu de recurs entén que la informació donada a través del fulletó va ser la correcta, que es tractava d'una informació farcida d'avisos de riscos, que la part compradora coneixia, i que va acceptar expressament signant la documentació informativa rebuda amb caràcter previ a la compra.

No es pot acollir.

En la comentada sentència d'ela secció 17a ja es va fer una valoració acuradíssima d'aquesta qüestió, que aquest tribunal no pot sinó fer seva.

Estem davant d'una OPS regulada pels arts. 33- 40 TRLMV sota el títol "mercat primari", pel RD 1310/2005 i per l' art. 309 de la LSC que regula com es fa l'oferta.

Estem d'acord amb l'actora que el butlletí de subscripció és una veritable oferta contractual en tota regla (i així ho expressa la doctrina mercantilista majoritària), essent la subscripció el que perfecciona el contracte de compravenda de les accions. El que genera una relació directa, quant a les noves accions, entre emissor i client comprador.

El fulletó és, per tant, el que ha de contenir i resumir de forma fidel i exacta, la imatge financera, econòmica i contractual del banc emissor.

Ens diu la sentència de la secció 17a abans esmentada:

"(...) 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 Valores dispone 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 del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas.

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

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

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

- a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera.
- b) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con la inversión en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores.
- c) Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente.
- d) Información sobre la admisión a cotización.
- e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

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

1.º Debe leerse como introducción al folleto.

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

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

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 Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, 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 cuyas **acciones** son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído

necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las **acciones**, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores.

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 Hirrmann contra ImmoFinanz AG*) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

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

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

Esta Sección [17ª] ya se ha pronunciado sobre los folletos informativos de las ampliaciones de capital de 2012 y 2016 de **Banco Popular**. Así, en los Rollos 693/2018, 991/2018 y 1042/2018 decíamos lo siguiente:

"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 el supuesto que aquí se examina en el folleto informativo de ampliación de capital se dice que la finalidad de la misma era la de acelerar la normalización de la actividad después de 2016, tratando de reforzar fortalezas y la rentabilidad, y reducir el coste de riesgo esperado, acelerando la estrategia de reducción del negocio inmobiliario, concretamente se decía "tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital futura, lo que permitirá acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017".

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

Por tanto, la finalidad del aumento de capital iba dirigido a **reforzar** la rentabilidad y solvencia de la entidad, y si bien se hablaba de la materialización de determinadas incertidumbres con efectos contables se decía las posibles pérdidas contables quedarían cubiertas con el aumento de capital. Asimismo se preveía que si los resultados del primer trimestre de 2017 eran positivos se reanudaría el pago de dividendos, habiendo previsto que en 2018 la ratio de pago de dividendo sería de 40%.

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

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

Es cierto que en la nota sobre las **acciones** y resumen difundida por la CMNV el 26 de mayo de 2016 (folleto informativo) se dice que "El **banco** estima que durante lo que resta del año 2016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses, c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, d) inestabilidad política derivada de aspectos tantos nacionales como internacionales, y e) incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos

judiciales y reclamaciones entablados contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria". Se indica también que ese escenario de incertidumbre "aconsejan aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría **previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo.**"

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

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

Por su parte, la *ratio* de capital CET1 *fully loaded* proforma se ha visto afectada por algunos elementos volátiles y por las pérdidas del último trimestre. A finales del segundo trimestre esta ratio se situaba en el 13,71% y posteriormente ha sufrido variaciones por diferentes cuestiones, unas ordinarias y otras extraordinarias. Teniendo en cuenta todos estos factores, la *ratio* CET1 *fully loaded* proforma se sitúa en el 9,22% y la CET1 *fully loaded* se sitúa a finales de 2016 en el 8,17%. El **banco** cuenta con capacidad de generación de capital mediante: La generación de beneficio: por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales. La reducción adicional de activos ponderados por riesgo a medida que avanzamos en la reducción de activos no productivos. Por cada 1.000 millones € de NPAs, c. 20 p.b. de generación de capital. La venta de autocartera y la reducción de minusvalías de renta fija, que nos permitirá generar 105 p.b. de capital. Adicionalmente, otra de las alternativas del **banco** para generar capital de forma inorgánica sería la desinversión en negocios no estratégicos, que pueden generar unos 100 p.b. de capital."

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

El 5 de mayo de 2017 la CNMV publicó nota de prensa de **Banco Popular** en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CET1 *phased in* del **banco** es del 10'02% la ratio CET1 *fully loaded* del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que **Popular** sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

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

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

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

El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a **Banco Popular** en la que decía que el "6 de junio de 2017, el **Banco** Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la **inviabilidad de la entidad** de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en **Banco Popular** los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las **acciones** actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a **Banco** Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de **acciones** un euro.

De lo expuesto, resulta que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las **acciones** a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro.

La parte demandada no ha aportado una explicación razonable de la que resulte justificación plausible de que la evolución negativa de la entidad, pese a la ampliación de capital, fue debida a causas no presentes o previsibles cuando se emitió el folleto informativo. Así, si bien alude a una retirada de depósitos que afectó a la liquidez de la entidad, no se justifica que la misma se realizó porque los inversores decidieran sin razón alguna dejar confiar en la entidad, sino que debía tener justificación por la previsible deficiente situación económica de la entidad. El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el **Banco** Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las **acciones**. Así, la propia demandada en su contestación reconoce que el 30 de mayo de 2017 se difundió la noticia de que Bruselas se preparaba para intervenir el **Banco Popular** si no había comprador, y la retirada significativa de depósitos se produjo los días 1 y 2 de junio, por lo que es evidente que dicha retirada fue la consecuencia de la previsible intervención de la entidad atendida su situación económica y no la causa de dicha deficiente situación.

El folleto informativo hacía prever una mejora de la situación financiera y no la situación de insolvencia que se produjo en menos de un año. Por tanto, dicho folleto no respondía a la real situación económica y financiera de la entidad porque, como ya se ha dicho, al constatarse al poco tiempo la falta de solvencia de la entidad no

puede negarse que la entidad ofreció una imagen falseada, presentándose como solvente pese a que conocía que ello no era así.

La parte demandada no ha probado que la información económica que se hacía constar en el folleto informativo reflejaba la situación económica real y que la misma no fue falseada, ni que los hechos ocurridos posteriormente no son el resultado de una previa situación de insolvencia ocultada a los actores mediante la apariencia de una óptima situación económica. Pese a que se alega que en dicho folleto se advertía de los riesgos derivados de la adquisición de **acciones**, no cabe obviar que si al cliente se le informaba de una posible pérdida también se decía que la misma sería absorbida con la ampliación de capital y se preveía repartir dividendos en 2017 y 2018. Por tanto, no cabía inferir que la entidad se encontraba en una situación económica absolutamente deficiente que derivó en su intervención y posterior adquisición por **Banco Santander**, con la consecuencia de que las **acciones** adquiridas pasaron a ser valoradas en cero euros."

Aquesta és la realitat històrica indesmentible, tossuda, com dèiem més amunt, que ens impedeix de considerar que es van complir en aquest cas tots els requisits per a treure al mercat l'ampliació de 2016 sota condicions de transparència i veracitat comptable. Fiats en una informació quant menys inexacta, aquest i la totalitat de clients que van acudir a l'ampliació es van fer una representació d'expectatives raonables positives que en cap cas es podien donar amb una informació veraç i exacta que mai es va donar. I que si s'hagués donat hagués determinat un rotund fracàs per a dita ampliació. Perquè al Capital no li cal una exactitud absoluta per a ensumar el perill, però sí la mínima exigible.

I afegeix la comentada sentència de la sec. 17ª:

"(...) Este es también el criterio mantenido por la totalidad de las Audiencias Provinciales que han abordado la cuestión examinada, concluyendo todas ellas que el contenido del folleto no informaba fiel y cabalmente de la situación económica de **Banco Popular**, ya que se distorsionó la verdadera situación al no respetar aspectos de la normativa contable, no clasificarse correctamente la cartera de créditos en riesgo de impago, ni realizar una correcta valoración de activos, afectándose globalmente las cuentas de la entidad de manera que impedían ponderar el estado de solvencia real y la solidez de su situación financiera. Así lo han entendido la SAP Girona de 28 de junio de 2019, la SAP Madrid de 10 de junio de 2019, la SAP Barcelona de 18 de junio de 2019 (d'aquesta mateixa secc. 11ª, Ponent II-Im. Sr. Gómez i Canal), la SAP Zamora de 24 de mayo de 2019, la SAP de Valladolid 15 de mayo de 2019, la SAP Palma de Mallorca 18 de marzo de 2019, la SAP Alava de 8 de marzo de 2019, la SAP Burgos de 1 de marzo de 2019, la SAP A Coruña de 1 de marzo de 2019, la SAP Cantabria de 7 de febrero de 2019, la SAP Cáceres de 9 de enero de 2019, la SAP Vizcaya de 17 de diciembre de 2018.

La apelante aporta con su escrito de recurso la SAP Asturias de 17 de octubre de 2018 [aquí ens ha invocat la de 16-7-2018 -6ª-], favorable a sus argumentos, pero hemos de señalar que la AP Asturias ha revisado el criterio contenido en tal resolución habiendo adoptado el criterio mayoritario que se recoge en sus sentencias posteriores de fechas 3, 10 y 26 de abril de 2019.

Con arreglo a lo expuesto, debemos confirmar la resolución de instancia en tanto ésta concluyó que la información financiera publicada por la entidad bancaria no se correspondía con su realidad económica".

Com hem dit més amunt, aquest Tribunal comparteix absolutament aquests criteris i els fa seus.

I, només en ordre a reiterar l'establert per aquest mateix Tribunal a la sent. de 18-6-2019 (EDJ 2019/628223), recordarem que allí vam dir:

"(...)Son varias ya las Audiencias Provinciales de nuestro país que han concluido en la misma línea de **considerar que BPE falseó la imagen de su fortaleza financiera en el proceso de ampliación de capital** de 26 de mayo de 2.016, aunque algunas lo hacen desde la perspectiva de la capacidad para generar un error invalidante en el inversor. Sirvan como ejemplo las SsAAP de Álava, Sec. 1ª, 223/19 de 8/3, de Cáceres, Sec. 1ª, 2/19 de 9/1, de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, 85/19 de 18/3, de Valladolid, Sec. 1ª, 29/19, de 18/1 y de Barcelona, Sec. 17ª, 348/19 de 30/5 en la que leemos que: "En el presente supuesto **la información falseada ofrecida por la demandada en el folleto informativo comporta que no se haya acreditado que en el momento de la contratación el cliente tenía un conocimiento suficiente de la situación económica y financiera de la entidad y de las repercusiones que ello tenía en las acciones a adquirir**. Dicho error recae sobre los riesgos concretos de la situación económica y financiera y el desconocimiento de dichos riesgos afecta a la causa principal de la contratación. Así, el desconocimiento de tales riesgos concretos evidencia que la representación mental que el actor se hacía de lo que contrataba era equivocada, puesto que con una finalidad de adquirir **acciones** en una entidad solvente las adquirió en una entidad con riesgo cierto de insolvencia." I on es continuava dient "(...) Nuestro caso se asemeja al resuelto por la SAP de Álava, Sec. 1ª, 223/19 de 8/3 en la que leemos lo siguiente:"Se plantea la cuestión de si la responsabilidad del emisor por la inveracidad del folleto queda limitada a las compras de las **acciones** que se hicieron en el mercado primario antes de la salida a Bolsa, o si,

por el contrario, también se extiende a las que se hacen en el mercado secundario, y, en este segundo caso, surgiría la cuestión del límite temporal.

La contestación ha de venir dada a través de la determinación del plazo de validez del folleto. Siendo así que en el considerando 26 de la Directiva 2003/71/CE de 4 de noviembre ya se precisa que "debe fijarse un plazo claro de validez del folleto". Y, por eso, en el **apartado 1 del artículo 9** se proclama que " **un folleto será válido durante 12 meses después de su publicación para ofertas públicas**". Y, al transponerse esta Directiva Comunitaria al Derecho español, se dice, en el **apartado 1 del artículo 27 del Real Decreto número 1310/2005** de 4 de noviembre, bajo la rúbrica de "período de validez del folleto informativo", que: " **Los folletos serán válidos durante un período de doce meses** desde su aprobación para realizar ofertas públicas". En consecuencia la responsabilidad de **Banco Popular, S.A.**, por la inveracidad del folleto no queda limitada a las compras de **acciones** que se hicieron con la emisión, antes de su salida a Bolsa, sino que se extiende durante doce meses desde que fue aprobado para la oferta pública".

Vuitè . La part final del primer motiu d'aquest recurs sosté que no es donen els requisits de l'error en l'actor.

No es pot acollir.

Reiterem el dit més amunt quant a que el perfil del client és irrellevant en casos com aquest.

També aquí farem nostres les paraules de la secc. 17a:

"(...) L'incompliment del deure d'informació per l'entitat financera incorre directament en el requisit d'excusabilitat de l'error, atès que el coneixement equivocat sobre la situació econòmica i financera de la demandada li és excusable al client.

En aquest cas, la informació falsejada oferta per la demandada en el fulletó informatiu comporta que no s'hagi acreditat que en el moment de la contractació el client tingués un coneixement suficient de la situació econòmica i financera de l'entitat així com de les repercussions que això tenia en les accions a adquirir. Dit error recau sobre els riscos concrets de la situació econòmica i financera i el desconeixement de dits riscos afecta a la causa principal de la contractació. Així, el desconeixement de tals riscos concrets evidencia que la representació mental que l'actor es va fer d'allò que contractava era equivocada, atès que amb una finalitat d'adquirir accions en una entitat solvent les va acabar adquirint en una entitat en risc cert d'insolvència. Per tant, concorre error en el consentiment derivat de la informació falsejada oferta per la demandada; dit error és essencial al recaure sobre les condicions en que les accions sortien al mercat i les conseqüències econòmiques en què ho feien; i és un error excusable en tant que no pot ser imputat a l'actor per manca de diligència, sinó a la informació equivocada oferta per l'entitat bancària".

Tot el que ens ha de dur a desestimar íntegrament el recurs i a confirmar plenament la sentència d'instància.

Novè. Cap dels motius de recurs fa referència expressa a costes. Quant a les costes de l'alçada, la manca total de prosperitat del recurs les imposa a la recurrent (art. 398 LEC), alhora que confirmada l'estimació íntegra de la pretensió actora, estem davant d'una estimació total de la demanda que ha de comportar el manteniment del pronunciament d'instància quant a costes de la primera instància a càrrec del demandat (art. 394 LEC).

PART DISPOSITIVA

DECISIÓN

Desestimo totalment el recurs d'apel·lació interposat per la representació de la part demandada contra la Sentència dictada a data 23 de juliol de 2018 pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 5 de Martorell a les actuacions de procediment verbal núm. 113/2018 (Rotlle núm. 978/2018) que **confirmo íntegrament**, amb imposició de les costes de l'alçada a la part apel·lant.

La desestimació total del recurs determina la pèrdua per al recurrent del dipòsit constituït per recórrer.

Així, per aquesta Sentència, tot jutjant definitivament, ho pronuncia, mana i signa aquest Tribunal.

I, un cop ferma aquesta sentència, retorneu les actuacions originals al Jutjat de la seva procedència, amb testimoniatge d'aquesta per al seu compliment.