

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº4 DE SANTA COLOMA DE GRAMANET

Procedimiento: Juicio Ordinario [REDACTED]

SENTENCIA 90/2020

En Santa Coloma de Gramenet, a 25 de Marzo de 2020.

Vistos por Dª Laura Ruiz Chacón, Magistrada Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Santa Coloma de Gramenet los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO**, seguido a instancia de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representado/a por el/la Procurador/a Dº Pedro Moratal Sendra y asistido/a por el/la Letrado/a Dº Oscar Serrano Castells, contra **BANCO SANTANDER S.A.**, representado/a por el/la Procurador/a Dª Josep Mª Bort Caldes y asistido/a por el/la Letrado/a Dª [REDACTED] procede dictar la presente Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 8 de febrero de 2019 se presentó por el/la procurador/a Sr. Moratal, en la representación antes indicada, demanda de juicio ordinario en el ejercicio de acción principal de declaración de nulidad de los contratos de compraventa de acciones de la entidad Banco Popular junto con otras peticiones subsidiarias, en base a los hechos y fundamentos jurídicos expuestos en la demanda.

SEGUNDO.- Mediante Decreto de 19 de febrero de 2019 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado al demandado/a para que pudiese contestar a la misma. Contestada a la demanda, se citó a las partes a la Audiencia Previa celebrada el día 18 de setiembre de 2019. A la misma comparecieron las partes, ratificándose en sus escritos, procediendo a fijar los hechos controvertidos. Se admitió la prueba propuesta que se consideró oportuna y pertinente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, señalando fecha para juicio.

TERCERO.- La vista principal tuvo lugar el día 24 de febrero de 2020. Se practicó la prueba admitida, en concreto la testifical de D^o [REDACTED] y la pericial de D^a [REDACTED]

Tras la práctica de la prueba y las conclusiones de las partes, quedaron los autos vistos para resolver.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales en vigor, salvo el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos pendientes ante este Juzgado y a la existencia de asuntos penales de tramitación preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO. La parte demandante ejercita con carácter principal la acción de nulidad de los contratos de adquisición de derechos de suscripción preferente y de acciones emitidas por Banco Popular por dolo y/o error en el consentimiento respecto a la situación económica de la entidad bancaria solicitando que se condene a la entidad bancaria a restituir a la parte demandante la cantidad de 54.853'25 euros más los intereses legales desde la fecha de suscripción (menos las remuneraciones percibidas en su caso); de forma subsidiaria ejercita la acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la entidad de las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información y de la normativa bursátil, solicitando la condena a la misma cantidad. Todo ello en síntesis en base a los siguientes hechos. [REDACTED] es una empresa familiar que explota un restaurante, siendo su administradora la Sra. [REDACTED]. Ésta fue a la sucursal de BANCO POPULAR para obtener financiación para el restaurante pero se la denegaron. Después le dijeron que si compraba acciones sí que obtendría la financiación. En fecha 10/6/2016 suscribió 40.390 derechos de suscripción preferente por importe de 8.204'8 euros, importe que le avanzó la entidad bancaria para poder adquirirlos; en fecha 15/6/2016 firmó la póliza de préstamo que le fue concedido por importe de 60.000 euros. En fecha 20/6/16 suscribió 37.505 títulos por importe de 46.881'25 euros. En fecha 5/10/2016 necesitaba dinero en efectivo para pagar la nómina de los trabajadores por lo que vendió 10.000 títulos obteniendo 11.166'01 euros. En fecha 10/10/2016 compró de nuevo 10.000 acciones por importe de 10.933'21 euros ya que le dijeron que iba a subir la cotización. La demandante sólo necesitaba 5.000 euros para su actividad económica y la póliza de préstamo que le concedieron fue de 60.000 euros para que comprara acciones por importe de 55.000 euros. Tras la resolución de la entidad BANCO POPULAR, la demandante no tiene acciones y tiene que seguir pagando el

préstamo concedido. Las acciones se las vendieron bajo la apariencia de que la entidad bancaria era fuerte y sus cuentas eran positivas, pero la información financiera no reflejaba la imagen fiel de su patrimonio, ni del año 2016 ni 2017. De hecho se sigue una causa penal en la Audiencia Nacional por este hecho, ya que existen indicios para pensar que la situación financiera había sido intencionadamente alterada por los miembros de la alta dirección por prácticas irregulares. Esta divergencia entre la situación financiero comunicada por la entidad y la real situación ha sido valorada por el perito Sr. Israel Barroso López, Auditor de Cuentas, que concluye que la información financiera base para un inversor a la hora de tomar la decisión de invertir no refleja la imagen fiel de la situación de la entidad, ni a 31/12/2015 ni a 26/5/2016, debido a los errores, omisiones, falseamientos analizados en el informe.

La parte demandada se opone interesando la íntegra desestimación de la demanda. En primer lugar, alega la falta de legitimación pasiva en la compra de los derechos de suscripción preferente y de las acciones, ya que se adquirieron en el mercado secundario, por tanto a terceros, de forma que la demandada no es parte en el contrato. En segundo lugar, que la acción de responsabilidad extracontractual ha prescrito. En tercer lugar, considera que no es de aplicación al caso de autos el Código Civil. En cuarto lugar, que la información facilitada por BANCO POPULAR no era falsa y además en ningún caso se incumplió con la normativa. Las acciones no son un producto financiero complejo y lleva aparejado un alto riesgo. En el folleto informativo se advertía de los riesgos y la información financiera facilitada estaba auditada. La resolución de la entidad fue debida a una retirada masiva de depósitos entre mayo y junio de 2017 que provocó que el Banco Central Europeo declarara la inviabilidad de la entidad pero nada tiene que ver con la información facilitada en mayo de 2016. También aporta informe pericial para rebatir lo expuesto en el informe de contrario elaborado por Ayuso Láinez & Monterrey.

En la audiencia previa se fijaron los siguientes **hechos controvertidos**:

1. Falta de **legitimación pasiva** de Banco Popular en la venta de derechos de suscripción preferente y acciones en el mercado secundario.
2. **Si procede la acción de nulidad por dolo y/o error del Código Civil**, o por el contrario no es de aplicación por ser aplicable la legislación mercantil. En caso de ser aplicable, si se dan los requisitos para que prospere la acción de nulidad. Si se dio información veraz, fiel y fidedigna del estado de la entidad bancaria
3. Si se dan los **requisitos de la acción ejercitada de forma subsidiaria**, de indemnización por incumplimiento por la entidad bancaria las obligaciones legales. La prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN PASIVA. La doctrina procesalista reputa como "legitimación" o bien la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada -representada por la titularidad de un derecho subjetivo, crédito, deber u obligación- en la posición que fundamenta en Derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que ejercita (activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una concreta prestación (pasiva). Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho civil, de suerte que, en principio, **"legitimados" como partes lo están los sujetos de la relación jurídico-material deducida en juicio,-** es decir, el que tiene el derecho tiene, como secuela, la facultad de disponer de él y el ejercitarlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder. Ahora bien, sucede que precisamente lo que trata de averiguarse por medio del proceso es si existe o no el derecho del actor y si existe precisamente contra el o los demandados, que es lo que habrá de decidir la sentencia, y por ello la "legitimación" no toma en cuenta la relación jurídico-material en cuanto existente, sino en cuanto meramente "afirmada" o "deducida". La legitimación, pues, no es un presupuesto del proceso ni por ende una cuestión -previa- de forma, sino que lo es de la estimación o desestimación de la demanda y, por ello, atañe al fondo del asunto, condicionando el contenido material de la sentencia.

Constituye un hecho no discutido que la demandante adquirió los siguientes productos (doc. 1A de la demanda):

1. En fecha 10/6/2016 adquirió 40.390 derechos de suscripción preferente por importe de 8.204'8 euros.
2. En fecha 15/6/2016 la demandante suscribió con BANCO POPULAR una póliza de préstamo por importe de 60.000 euros.
3. En fecha 20/6/16 adquirió 37.505 títulos por importe de 46.881'25 euros.
4. En fecha 5/10/2016 vendió 10.000 títulos obteniendo 11.166'01 euros.
5. En fecha 10/10/2016 adquirió 10.000 acciones por importe de 10.933'21 euros.

Según la parte demandada, tanto los derechos de suscripción preferente como las acciones la parte actora los adquirió en el mercado secundario, es decir de otros accionistas, por lo que BANCO POPULAR carecería de legitimación pasiva.

La cuestión relativa a la legitimación pasiva en este tipo de supuestos, suscitada con ocasión de las demandas de nulidad de compra de acciones de Bankia adquiridas en el mercado secundario, ha dado lugar a respuestas diversas en las Audiencias

Provinciales (SAP Madrid de 15-12-2016 o de 20-12-2017; si bien, siguen el criterio contrario la SAP Lugo de 28-11-2017, Ciudad real de 20-11-2017 y La Rioja en sentencia de 6-10-2017, entre otras).

En el presente caso, la parte actora fundamenta su pretensión en la información (inveraz o insuficiente) que la entidad demandada Banco Popular publicaba acerca de su situación financiera, afirmando que esa información es la que le llevó a contratar. Por tanto, Banco Popular (ahora BANCO SANTANDER) sí es titular de la relación jurídica debatida y, por tanto, ostenta legitimación, en este caso pasiva, conforme a lo dispuesto en el art. 10 LEC.

En conclusión, procede **desestimar la excepción planteada** por la parte demandada de falta de legitimación pasiva de la entidad BANCO POPULAR.

En este sentido se ha pronunciado la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia nº 348/2019 de 30 de mayo de 2019 *“Esta última posición jurisprudencial es la que resulta acogida por esta sección por cuanto la legitimación pasiva de Banco Popular se fundamenta, como ya se ha dicho, no en la comercialización del producto sino en la información ofrecida mediante el folleto informativo de la oferta pública de emisión de acciones respecto al que los adquirentes de acciones, tanto a través de la oferta pública como del mercado secundario, confiaron en que reflejaba la verdadera situación económica y real de la entidad, y por ello decidieron proceder a la adquisición de acciones.*

Así, en el presente supuesto aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario no consta que la información de la que dispusiese el actor en el momento de la adquisición, 3 y 30 de junio y el 17 de noviembre de 2016, divergiese de la existente cuando las acciones fueron adquiridas a raíz de la oferta pública de venta.

La contratación se efectuó cuando el folleto informativo aún estaba vigente, atendido que conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre el folleto será válido durante 12 meses desde su publicación, habiendo sido inscrito el 26 de mayo de 2016, y no se ha probado que existiese otra información pública que permitiese a la parte actora al adquirir las acciones en el mercado secundario conocer que la situación de Banco Popular divergía de la reflejada en el folleto informativo.

La responsabilidad de Banco Popular deriva así de la emisión de un folleto informativo con datos falseados y no de la comercialización de las acciones. Por tanto, respecto a la alegación de que las acciones adquiridas en el mercado secundario no pertenecían a Banco Popular y por ello al no ser la misma la entidad que vendió las acciones al actor no estaría legitimada pasivamente respecto a la acción de anulabilidad, cabe decir que con independencia de que la demandada

ya no fuese titular de las acciones, lo relevante es que el folleto informativo fue emitido por la demandada, siendo frente a ella que se ejerce la acción de anulabilidad por error en el consentimiento.

De esta forma, en el mismo sentido en que se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 que los inversores que adquirieron acciones a través de la oferta pública sufrieron error en el consentimiento por cuanto el folleto informativo contenía información falseada, debe sostenerse que los posteriores adquirentes en el mercado secundario lo hicieron con fundamento en la información que constaba en el referido folleto, por lo que respecto a los mismos son aplicables las mismas consideraciones relativas al error en el consentimiento padecido.

En este sentido 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, aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario, de lo que se hiciese constar en el folleto informativo.

En consecuencia debe confirmarse la legitimación pasiva de la demandada respecto a la acción ejercitada por el actor.”

TERCERO.- ACCIÓN DE NULIDAD POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO. La parte demandante ejercita con carácter principal una acción de nulidad por vicio en el consentimiento. A esta pretensión se opone la parte demandada.

1. En el presente caso ha resultado probado que la parte actora tiene la condición de cliente minorista en los términos del artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores. Son inversores minoristas, según este artículo, aquellos a quienes no se les presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Todo esto incide en la protección que debe darse a estos clientes (la máxima) y por tanto en las obligaciones de información y asesoramiento que deben observar las entidades que comercialicen productos regulados en la mencionada normativa. Consta expresamente esta condición, “cliente minorista” en el contrato de custodia y administración de valores aportado como doc. 3 de la contestación.

2. No se discute la naturaleza del producto. Estamos ante acciones que cotizan en bolsa y por tanto se trata de un producto bancario de naturaleza no compleja y que supone un riesgo.

Si bien es cierto que las acciones, no son calificadas como producto complejo, no siendo exigible a la entidad bancaria el cumplimiento de los específicos deberes de información que se recogen en el art. 76 bis de la Ley de Mercado de Valores, no obstante, lo que sí ha de cumplir la entidad bancaria que hace una oferta pública de acciones es el deber de proporcionar **información clara y comprensible**, sobre el estado de sus **activos y pasivos, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor** y así resulta de los arts. 27.1 LMV, 16 del RD 1310/2005 y de la Directiva 2003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003.

Y ello, debido a la importancia que la información sobre la situación financiera y las perspectivas del emisor tiene a la hora de tomar la decisión de invertir en esa entidad emisora, por lo que viene obligada a facilitar los datos económico financieros reales, veraces, objetivos, actualizados y completos, sin omisión de ningún dato relevante.

La STS de 3 de febrero de 2.016 declara que *"si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones"*.

3. Nulidad. El contrato celebrado entre las partes era de compraventa de acciones y derechos de suscripción preferente, en el que el comprador/demandante tiene la condición de cliente minorista, y dado que en este proceso la pretensión y declaración pretendida por la actora es la **declaración de su nulidad**, es sobre esta pretensión sobre la que, antes de determinar la valoración de la prueba, procederemos a hacer una concreción en base a **derecho positivo y la jurisprudencia**.

El **artículo 1.261 del Código Civil** determina la validez del contrato cuando concurre el consentimiento de los contratantes, objeto y causa. La parte actora solicita la nulidad fundamentalmente por la existencia de vicio en el consentimiento, al estar el mismo viciado por la concurrencia de error excusable, todo ello teniendo en cuenta que no se facilitó información veraz sobre la situación financiera de la empresa, ocultando la real situación de la misma.

El **consentimiento** consiste, conforme a reiterada doctrina, en un acuerdo de voluntades que se dirige a un fin común y se une, de modo que para su validez se

exige que exista una pluralidad de partes, que tengan capacidad, que exista una voluntad consciente, inteligente y que se realice una declaración, en cuanto es necesario que el consentimiento sea expreso y se declare, y por último, que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada, de modo que el artículo 1.265 del Código Civil establece que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Desde la perspectiva de **la anulabilidad del contrato por error** en la formación y prestación del consentimiento es conocida la línea jurisprudencial (por todas, SSTS de 12 de noviembre de 2004 o 22 de mayo de 2006) de entender que será necesario que **el error sea esencial** por carecer la cosa o su objeto de las cualidades y prestaciones esperadas, lo decisivo será el determinar si la información que la entidad bancaria facilitó al actor fue realmente la que estaba obligada a facilitarle.

La interpretación del artículo 1.266 CC, esencial a los fines ahora debatidos, dispone que *"para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, entre otras en su STS 22 mayo 2006, que *"para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea **sustancial o esencial**, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 julio 2002, 24 enero 2003y 12 noviembre 2004)"*, añadiendo expresamente que *"y, además, y por otra parte, **que sea excusable**, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 febrero y de 3 marzo 1994, que se citan en la de 12 julio 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 noviembre 2004; también, Sentencias de 24 enero 2003 y 17 febrero 2005)"*.

4. Deber de información. El derecho/deber a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica en el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia de sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

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

En cuanto al **régimen jurídico aplicable, el contenido del folleto informativo** viene regulados en el artículo 37 de la Ley de Mercado de Valores. En este artículo se indica 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. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.*

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, 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 Hacienda 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."

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, destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, en relación 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 Hirmann contra ImmoFinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.*

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de

devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

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

De esta Sentencia del Tribunal Supremo se deriva que **ha de rechazarse el argumento de la parte demandada sobre la inviabilidad de la acción de anulabilidad basada en la normativa general del Código Civil** ya que sería de aplicación la normativa relativa a la contratación mercantil.

5. Análisis del caso concreto. Valoración de la prueba. En el caso de autos ha de analizarse si la información proporcionada por Banco Popular cumplía los requisitos legales antes expuestos, es decir, si era una información suficiente, veraz, completa y que reflejaba la verdadera situación económica y financiera de la entidad emisora de las acciones, y todo ello teniendo en cuenta la importancia que la situación financiera y la solvencia real de la entidad emisora tienen a la hora de suscribir nuevas acciones de la misma. Además esta es la principal cuestión controvertida y sobre la que se sustenta el ejercicio de la acción de nulidad.

En relación a esta cuestión es la entidad bancaria demandada, quien tiene la carga de acreditar el cumplimiento del deber legal de información que sobre él recae, mientras que es la parte actora, que insta la nulidad contractual, la que debe probar el error como vicio en el consentimiento.

De la documental obrante en autos (documento nº 1a de la demanda) resulta acreditado que la demandante compró en fecha 10/6/2016, 40.390 derechos de suscripción preferente por importe de 8.204'8 euros, en fecha 20/6/16 suscribió 37.505 títulos por importe de 46.881'25 euros, en fecha 5/10/2016 vendió 10.000

títulos obteniendo 11.166'01 euros y finalmente en fecha 10/10/2016 adquirió 10.000 acciones por importe de 10.933'21 euros. La inversión total fue de 54.853'25 euros, que es la cantidad que se reclama (descontando la parte que fue vendida). La parte actora solicita la nulidad de los mencionados contratos en base a la existencia de error en el consentimiento causado por la información proporcionada por la entidad demandada, ya que mostraba una imagen de solidez de su situación financiera y unas previsiones positivas de evolución del negocio del Banco, que no eran ciertas.

Ha de analizarse, por tanto, si la imagen proyectada por la entidad Banco Popular en el año 2016, momento de las ampliaciones de capital, y cuando el demandante adquirió las acciones y derechos de suscripción preferente, representaba la situación real de la entidad ya que la parte actora sostiene que no es así. En cambio, según la parte demandada las cuentas sí reflejaban una imagen fiel del Banco y la situación que se produjo un año después de la ampliación de capital fue sobrevenida, se trató de un problema de liquidez, que determinó finalmente la resolución del Banco.

De la amplia documental unida a las actuaciones resulta acreditado que en el ejercicio 2.015, así como en los anteriores, las cuentas anuales de la entidad Banco Popular arrojaban un resultado neto consolidado de ganancias, excepto en los años 2.012 y 2.016 y en los Informes de Auditoría emitidos por PriceWaterHouseCoopers Auditores S.L. no existe ningún párrafo de énfasis ni salvedad alguna respecto a la situación financiera del Banco, mencionando claramente el Auditor que en todos estos años las cuentas formuladas por Banco Popular ofrecían una imagen fiel de su patrimonio consolidado. Solamente en el ejercicio 2016 aparece un párrafo de énfasis en referencia a los nuevos requerimientos de capital que exige el Banco Central europeo indicándose que los Administradores del Banco manifiestan que de acuerdo a las previsiones de negocio y a medidas específicas de capital, la entidad cuenta con los mecanismos para cumplir con dichos requerimientos.

En fecha 26 de mayo de 2016 se publica un Hecho Relevante relativo a la ampliación de capital aprobada por el Consejo de Administración de Banco Popular, en dicha información consta que *"el importe nominal del aumento de capital queda fijado en 1.002.220.576,50 euros, mediante la emisión y puesta en circulación de 2.004.441.153 nuevas acciones ordinarias de Banco Popular de 0,50 euros de valor nominal cada una de ellas, de la misma clase y serie que las actualmente en circulación y representadas mediante anotaciones en cuenta (las "Acciones Nuevas"). Las Acciones Nuevas se emitirán por su valor nominal de 0,50 euros cada una, más una prima de emisión unitaria de 0,75 euros, lo que resulta en un tipo de emisión de 1,25 euros por cada Acción Nueva. Por tanto, el importe efectivo del Aumento de Capital, considerando el precio de suscripción, ascenderá a 2.505.551.441,25 euros en caso de suscripción íntegra, o el importe que resulte, en su caso, en el supuesto de suscripción incompleta.*

Las Acciones Nuevas serán desembolsadas mediante aportaciones dinerarias,

reconociéndose a los accionistas de Banco Popular el derecho de suscripción preferente de las Acciones Nuevas que se emitan.

Finalidad del Aumento de Capital: El Aumento de Capital tiene como 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. Con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio y seguir avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista, basado en la financiación a PYMEs y autónomos y en la financiación al consumo, aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos.

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 de lo expuesto se deriva que la ampliación de capital perseguía, entre sus finalidades, la de cubrir morosos y activos dudosos, pero, en cuanto a las perspectivas, ofrece una imagen solvente y da esperanzas de una situación positiva a menos de un año vista. Y esa perspectiva optimista se traslada también al Folleto informativo de la ampliación de capital, en el que se recoge que la ampliación "reforzará las fortalezas y la rentabilidad del Negocio Principal del Banco y reducirá el coste del riesgo esperado para los próximos años y permitirá acelerar la estrategia de reducción del negocio inmobiliario: nuevo objetivo de desinversión de -15.000M de activos improductivos brutos entre 2016 y 2018 (-45% vs 1T2016). Como resultado, el Banco pasará a 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".

En el hecho relevante comunicado a la CNMV el 3 de abril de 2017 el Banco

Popular admite las siguientes incidencias respecto a la cartera de crédito y a la ampliación de capital: *"1.- Insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones y que afectarían al resultado de 2016 (y por ello al patrimonio neto) por importe de 123 millones de euros.*

2. Posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos que, estimada estadísticamente, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros.

3. Posible obligación de dar de baja algunas garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aún no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones.

4. Determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016 cuyo importe, si se verificara, debería ser deducido del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación estadística del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de análisis de 426 millones de euros".

A continuación se manifiesta que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias de provisiones provienen de ejercicios anteriores a 2015 y por ello tendría un escaso impacto en los resultados de 2016 aunque sí afectaría al patrimonio neto.

Este hecho relevante se lleva al informe del primer trimestre del ejercicio 2017 en un apartado denominado "Reexpresión de cuentas 2016" donde literalmente se indica: *"El 3 de abril de 2017 se publicó un Hecho Relevante en la CNMV afectando a las cuentas de 2016. Se resumen a continuación los impactos incluidos (cantidades brutas, sin considerar efecto impositivo) en dicho hecho relevante:*

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 garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará

en el 2T 2017.

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 deberá ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno en el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros".*

El 10 de abril de 2.017 se aprobaron las cuentas del ejercicio 2.016, con un resultado de 3.222.317.508,86 euros de pérdidas.

El 7 de junio de 2.017 la Comisión Rectora del FROB acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta de Resolución por la que se adoptó el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular S.A., en base a la comunicación realizada por el Banco Central Europeo respecto a la **inviabilidad de la entidad** al considerar que la misma no podía hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento y tampoco existían elementos objetivos que indicasen que podría hacerlo en un futuro cercano. Entre otras medidas, acordó la reducción del capital social de la entidad Banco Popular a cero mediante la amortización de las acciones en circulación y la venta de la entidad a Banco Santander por un euro".

De los datos expuestos, la parte demandante concluye que la resolución de Banco Popular no se produjo debido a las circunstancias sobrevenidas, es decir por una fuga masiva de depósitos, sino que incumplió su deber de informar sobre su verdadera situación financiera, ofreciendo una imagen irreal de beneficios y no una situación de pérdidas reales. Por tanto, la parte demandante de haber conocido esta situación real de la entidad, no habría adquirido las acciones litigiosas. Sin embargo, Banco Popular niega haber ocultado información, sino que en el propio folleto informativo de la ampliación se hacía referencia a los riesgos asociados a la inversión, principalmente a la elevada exposición al mercado inmobiliario y a operaciones de crédito en situación de incumplimiento por los clientes, que provocaron elevadas provisiones que dieron lugar a los resultados negativos de los sucesivos trimestres, es decir, a la materialización de los riesgos sobre los que expresamente se advertía en el folleto y en la nota resumen. A todo ello hay que añadir el hecho sobrevenido de la fuga de depósitos que supuso el final del banco.

La parte demandante ha aportado un informe pericial emitido por el Sr. [REDACTED] auditor de cuentas, que analiza la información facilitada por la

entidad financiera, si esta influyó en la toma de decisiones de los inversores, la responsabilidad del banco y los perjuicios a los accionistas. En el informe se concluye a modo de resumen lo siguiente: **1) Existen graves defectos de información financiera** contenida en la nota de valores y resumen de la emisión publicada el 26 de mayo de 2016, que **no permiten a ningún inversor comprender la situación real de la entidad a fecha de emisión de la nota de valores** (26 de mayo de 2016). **2) La presentación a inversores**, publicada en hecho relevante de 26 de mayo de 2016, contiene **información engañosa**, ya que refleja una situación económico-financiera equilibrada, cuando se evidencia por la posterior suspensión de cotización y venta al banco Santander, no lo era. A pesar de que en la presentación se especifica que solo puede ser suscrita por inversores cualificados o relevantes. La comercialización a inversores no cualificados supone un incumplimiento grave de la información comunicada a CNMV. La posible anulación de las acciones suscritas por inversores no cualificados agravaría el desfase de ratios de solvencia en el 4º trimestre de 2016 y por ende en las cuentas anuales del ejercicio 2016. **3) Las Cuentas Anuales consolidadas a 31 de diciembre de 2016, tampoco reflejan la imagen fiel de la situación económico-financiera de la entidad**, ya que no incluyen parte de los ajustes requeridos comentados. Los ajustes relativos al fondo de comercio del ejercicio 2015, (-363) millones de euros netos de disminución de fondos propios y (-121) millones de euros mayor gasto, que implicaría el paso de 106 millones de euros de beneficio (antes de ajuste de fondo de comercio) a (-6) millones de euros de pérdidas, no se registran en las cuentas anuales consolidadas de 2016. Este efecto se registra en las cuentas anuales individuales de 2016, pero no se recoge en las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2016 y supone **una grave omisión de información relevante**. **4) Las omisiones de información** referenciadas en los puntos 1 y 2 del presente epígrafe, **han sido realizadas deliberadamente**. **5) El defecto de información más grave**, es que en la nota de valores y en la presentación a inversores, en todo momento se indica la “incertidumbre” sobre la necesidad de dotar 4.700 millones de euros de provisiones sobre activos inmobiliarios, que arrojarían un resultado del ejercicio 2016 de 2.000 millones de euros de pérdidas. Se referencia dicha incertidumbre al acaecimiento de determinadas circunstancias supuestamente no conocidas a 26 de mayo de 2016. Estas dotaciones a provisiones, son necesarias y fehacientemente conocidas desde la publicación en el BOE de 5 de mayo de 2016, de la circular 4/2016 de 27 de abril; y el contenido que se transpone del Reglamento UE/575/2013 vigente desde el 27 de junio de 2013, se conoce desde su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea (BOUE de 27 de junio de 2013). **6) Los defectos de información son incluidos retrospectivamente en la información financiera posterior al 26 de mayo de 2016**, fecha en la que se inscribe la nota de valores. Se produce la reexpresión de las cuentas anuales de 2015 (en estados financieros posteriores) y de las cuentas anuales de 2016 (para incluir los ajustes del hecho relevante de 3 de abril de 2017). Esta reexpresión posterior evidencia que se disponía de la información, y supone el reconocimiento por parte de Popular de dichos defectos de información, así como el reconocimiento de la relevancia de los

mismos; y que, si se hubiesen informado a fecha de registro de la nota de valores, podrían haber dado lugar a que los inversores no suscribiesen las acciones. **7) La información financiera base para un inversor, a la hora de tomar la decisión de invertir, no refleja la imagen fiel de la situación de la entidad**, ni a 31 de diciembre de 2015, ni a 26 de mayo de 2016 (fecha de la publicación de la nota de valores), **debido a los errores, omisiones y falseamientos anteriormente analizados y comentados**

Frente a ello, **la parte demandada ha aportado un informe pericial** elaborado por Ayuso Laínez & Monterrey, que fue ratificado y explicado en el acto del juicio por uno de los peritos firmantes, la Sra. Lidia Sierra Rodríguez. El objeto de esta pericial encargada por Banco Santander SA (la hoy demandada) tiene por objeto efectuar una evaluación crítica del informe emitido de contrario. En esta pericial se concluye la falta de rigor de la contraria por considerar que se vierten conjeturas especulativas, impropia de expertos, sin fundamentación ni acreditación. En concreto, falta un análisis de los registros contables de Banco Popular así como una revisión de los ingresos y gastos reconocidos por la entidad entre el momento de la publicación de la Nota sobre las acciones y el de publicación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 o de su re-expresión en fecha 31 de marzo de 2017. Considera que el auditor de cuentas de la entidad es el único que puede decir si las cuentas anuales reflejaban o no la imagen fiel del patrimonio, ya que son los que acceden a las cuentas de la entidad, y sin este acceso no se puede llegar a esa conclusión; PriceWaterhouseCoopers, era el auditor, el que accedió a los registros contables y consideró que todo estaba correcto y que los deterioros estaban bien aplicados, en el mismo sentido se pronuncia KPMG. Que la información financiera elaborada por los administradores mostraba la imagen fiel de su situación patrimonial, financiera y de resultados. En la ampliación de capital del año 2016 se hace constar en el folleto informativo una estimación de pérdidas, pero por circunstancias ajenas a la entidad no pudo tener en cuenta ni informar de otros aspectos (como el carácter retroactivo de la cláusula suelo según Sentencia del TJUE, entre otros aspectos que analiza en su informe. En relación a la reexpresión de las cuentas de abril de 2017, fue voluntaria y por errores detectados por la propia entidad, no era ni significativa ni generalizada sólo de créditos morosos. Consideran que la causa que llevó a la JUR a activar el mecanismo de resolución de Banco Popular fue una crisis de liquidez a corto plazo, sobrevenida como consecuencia de la rápida y cuantiosa fuga de depósitos. El Banco Central Europeo dio crédito a Banco Popular, y lo hizo porque era una entidad solvente, sino no se lo hubiera concedido; la situación financiera en ningún caso llevó a la resolución del banco, sino que fue la fuga masiva de depósitos. El Banco había pasado todos los controles de estrés y de solvencia.

A la vista de todo lo expuesto, **los informes periciales aportados resultan totalmente contradictorios en sus conclusiones**. La resolución de la controversia debe efectuarse de conformidad con el artículo 348 de la LEC, valorando los mismos

según la sana crítica y en relación con el resto de la prueba practicada.

Una de las cuestiones en las que las conclusiones periciales se contradicen y que fueron objeto de discusión en la vista es la causa que motivó la decisión de resolución del Banco, ya que, el perito de la parte demandante lo atribuye a una situación patrimonial que la entidad arrastraba y, en cambio, los peritos de la parte demandada defienden que la descapitalización se produjo por una retirada masiva de fondos que produjo un grave problema de liquidez.

A la vista del contenido de los informes periciales y teniendo en cuenta los hechos acaecidos con posterioridad a la decisión de la JUR, se deriva que Banco Popular no sólo tenía un problema de liquidez, que vino provocada por la retirada masiva de fondos, sino que tenía un grave problema de solvencia que dio lugar a su resolución y la simbólica venta del Banco por un euro. De haberse tratado solamente de una crisis de liquidez, no se justifica que los accionistas perdieran toda su inversión, ni que el Banco fuera adquirido por un euro y el adquirente tuviera que acordar una ampliación de capital de 7.000 millones para sanear los activos tóxicos de Banco Popular.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 de junio de 2.018 analizando esta misma cuestión: *"Es significativo que mientras en el primer trimestre de 2016 las ganancias eran de más de 93,6 millones, a 30 de junio de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 35 millones de Euros, a 31 de diciembre de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 3.485 millones de euros y a 30 de junio de 2.017 de algo más de 12.218 millones de euros. Aun cuando se partiera de la hipótesis que los problemas fueron de liquidez por la enorme retirada de fondos del mes de junio de 2.017, ello no explicarían totalmente que en un año, de junio de 2.016 a junio de 2.017, afloraran pérdidas por valor de más de 12.183 millones de euros (12.218 menos 35 millones), un incremento de más del 34.800%, y lo que en ningún caso tendría explicación por una retirada de fondos del mes de junio de 2.017 es que a 30 de junio de 2.016 las pérdidas fueran de algo más de 35 millones de euros y a 31 de diciembre de 2.016 esas pérdidas fueran de 3.485 millones de euros, lo que supone un incremento de 9.857% en las pérdidas. Ello pone de manifiesto que no había sólo un problema de liquidez sino realmente de solvencia, pues de haber existido un problema únicamente de liquidez se habrían admitido por los organismos europeos las garantías que ofrecía para obtener esa liquidez, lo que no hicieron".*

De acuerdo con lo expuesto, resultan más lógicas y justificadas las conclusiones del informe pericial de la parte actora, de tal forma que no puede afirmarse que la resolución del Banco Popular fuera debida exclusivamente a la retirada de fondos en los meses anteriores a la resolución.

No obstante lo anterior, lo que resulta decisivo es valorar si la información

transmitida por Banco Popular a través de sus cuentas y de los datos del folleto, no se corresponde con la imagen de solvencia que se pretendía transmitir con las mismas, ocultándose una situación más grave que, de haber sido conocida por el demandante, podría haber dado lugar a que no se adquirieran las acciones.

Pues bien, a la vista de los hechos probados anteriormente expuestos, considero que no se justifican las pérdidas de los ejercicios 2.016 y 2.017 con las razones expuestas en la pericial de la parte demandada, compartiéndose las conclusiones del perito de la parte actora en cuanto a que las cuentas y el contenido del folleto no reflejaba la situación real de la entidad Banco Popular.

En relación con la entrada en vigor de la Circular 4/2016 del Banco de España, a la que se hace referencia de diferente modo por ambas periciales, ha de recordarse que dicha Circular es del mes de abril, por tanto, era conocida por la entidad bancaria cuando emitió la Nota y el Folleto de la ampliación de capital y sabía la incidencia que iba a tener en las cuentas.

Asimismo, resulta que, a pesar de incorporar más de 2.500 millones de euros al capital social a través de la operación de ampliación de capital de 2016, se comienzan a producir pérdidas que alcanzan 3.485 millones de euros al terminar ese mismo ejercicio. El folleto de la ampliación advertía que, de producirse merma del valor de los activos inmobiliarios tal circunstancia "... ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible...". Es decir, el peor de los escenarios de los que advertía era ese, y sin embargo, las pérdidas que reflejan las cuentas anuales de 2016 son de 3.485 millones de euros. Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de noviembre de 2.018, *"esos datos son indicio de que la situación patrimonial de Banco Popular en el momento en que se emiten las acciones que representan la ampliación de capital no es la que proclamaban las cuentas auditadas por Price Waterhouse Cooper, publicitadas en el folleto informativo. Porque si fueran ciertas, la incorporación de capital que propicia la ampliación de junio no daría lugar al volumen de pérdidas del ejercicio 2016"*.

Considero que las causas señaladas en la pericial acompañada a la contestación a la demanda no ofrecen una respuesta suficiente y lógica para la debacle acaecida en tan solo unos meses, resultando más justificadas con las explicaciones técnicas del perito de la parte actora en cuanto a que el deterioro producido en tan corto espacio de tiempo en realidad obedecía a un deterioro progresivo que venía arrastrando de ejercicios anteriores.

Estas conclusiones se ven confirmadas en el Hecho relevante publicado el 3 de abril de 2.017 en el que Banco Popular reconoce que existió un déficit en la dotación de

provisiones anteriores al año 2015, literalmente reconoce: "el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de ejercicios anteriores a 2015".

También se ven confirmadas por el informe de la CNMV sobre las cuentas anuales del ejercicio 2016 (doc. 30 aportado por la parte demandante), de fecha 23 de mayo de 2018, en el que se establecen las siguientes conclusiones a destacar: que el hecho relevante de fecha 3 de abril de 2017, comunicado por Banco Popular, que suponen ajustes contables a la información financiera consolidada del ejercicio anual 2016, son desde el punto de vista cuantitativo materiales, lo que lleva a concluir que la información financiera consolidada de Banco Popular del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiero patrimonial; que la intencionalidad de determinados altos directivos de la entidad era incurrir en los referidos errores; que esto debería suponer la apertura de un expediente sancionador a la entidad, sus órganos de administración y alta dirección por haber suministrado a la CNMV información financiera regulada con datos inexactos o no veraces o de información engañosa o que omite aspectos o datos relevantes; que se pone de manifiesto la participación activa de determinados miembros de la alta dirección en la realización de las prácticas irregulares que han motivado la necesidad de que con posterioridad se deban registrar ajustes contables comunicados al mercado el 3 de abril de 2017.

Por los motivos expuestos, **considero acreditado que la situación financiera y patrimonial que Banco Popular exteriorizaba a través de sus cuentas anuales y que se trasladó al Folleto de la ampliación de capital no reflejaba la realidad de dicha entidad bancaria.**

En la misma línea se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17, de 14 de enero de 2019, en la que se resuelve un caso prácticamente idéntico al planteado en el presente procedimiento:

*"El folleto debe informar 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 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses, c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, d) inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales, y e) incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entablados contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria". 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 CETI phased in del banco es del 10'02% la ratio CETI fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

El 11 de mayo de 2017 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 afecto a la liquidez de la entidad, no se justifica que la misma se realizó porque los inversores decidieran sin razón alguna dejar confiar en la entidad, sino que debía tener justificación por la previsible deficiente situación económica de la entidad. El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones. 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.

*De conformidad con lo expuesto debe confirmarse la resolución de instancia respecto a que **el folleto informativo contenía información que no se adecuaba a la realidad económica de la entidad.***

En Sentencia de la misma sección de 17 de julio de 2019 se establece de forma expresa que “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 , la SAP Zamora de 24 de mayo de 2019 , la SAP de Valladolid 15 de mayo de 2019 , la SAP 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, 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.”

6. Consecuencias. Para que proceda la acción de nulidad del contrato por error en el consentimiento, como se ha expuesto en el apartado 3º, se exige que haya error, que sea esencial y excusable, así como que exista un nexo causal entre la información facilitada, que no se correspondía con la situación real de la entidad, y el error del actor en la contratación de las acciones.

Por tanto, ha de analizarse si la imagen de solvencia que la entidad demandada venía publicitando en los ejercicios previos a la ampliación de capital, que también se recogía en el propio folleto de la emisión y que se mantuvo hasta el primer trimestre de 2.017 resultó relevante y esencial para la perfección del contrato y si, en definitiva, ese incumplimiento por la demandada del deber de información veraz y completa sobre la situación financiera de la entidad emisora ha provocado en la parte demandante un error invalidante del consentimiento contractual.

Pues bien, aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, ha de concluirse que concurren todos los requisitos para apreciar el error como vicio estructural del negocio de adquisición de las acciones. No se trata de que el comprador de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial.

En efecto, la prueba obrante en las actuaciones ha evidenciado que, al tiempo de emitirse la oferta pública de suscripción de acciones y en el ejercicio 2.015, se

anunció públicamente al inversor una situación económica de la entidad emisora de solvencia que no era real. Parece claro que a la hora de tomar la decisión de comprar acciones de una entidad, la comunicación pública de beneficios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento, hasta el punto de que, sin esa imagen pública de solvencia, el negocio no se hubiera realizado.

En definitiva, el error padecido por la parte demandante sobre la solvencia de Banco Popular, S.A, la representación sobre su estabilidad patrimonial, constituye la causa de la suscripción de las acciones, de tal modo que cabe presumir, de conformidad con lo establecido en el art. 386 LEC , que la parte actora, de haber conocido la difícil situación real en la que se encontraba la entidad demandada que desembocó, en su intervención y venta por un euro a otra entidad, no habría adquirido las acciones. En ninguno de los momentos en los que la parte demandante adquirió las acciones (junio y octubre de 2016) la información facilitada por la entidad reflejaba la verdadera situación económica de la entidad.

Por último destacar, que la testifical del empleado del Banco, Sr. [REDACTED] no ha desvirtuado estas conclusiones. El mismo explicó que se limitó a entregar el folleto informativo a la administradora de la entidad actora, explicando los riesgos de la operación, conforme a la información que facilitaba el propio folleto y la entidad. Además también corroboró con su declaración las manifestaciones de la parte actora contenidas en su demanda, es decir que solicitó un préstamo a Banco Popular, que se lo denegó y que después se le concedió condicionado a la compra de acciones de la entidad, por lo que la adquisición de las acciones se hizo a propuesta de la entidad. Por todo lo expuesto, se concluye que no sólo la parte demandante compró las acciones bajo la creencia de una solvencia y una situación financiera que no era la real, sino que además lo hizo condicionada por la necesidad de obtener un préstamo para cubrir sus deudas y que sólo podía obtener si adquiría las acciones.

Además, dicho error no puede imputarse a quien lo padece, en este caso, al demandante, ya que fue la demandada quien, incumpliendo sus obligaciones legales, transmitió una información inexacta o inveraz que hizo que se representara en el actor una imagen de solvencia que no se correspondía con la realidad.

Por último, para que el error invalide el consentimiento no debe ser excusable. En este caso, la concurrencia del requisito de excusabilidad es patente, ya que la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor. Y también las cuentas anuales eran auditadas, manifestando el auditor que reflejaban la imagen fiel de la entidad.

En conclusión, concurren todos los requisitos exigidos por los arts. 1.265 y 1.266

CC para apreciar la existencia de un error en el consentimiento, ya que se trata de un error esencial, que tiene su reflejo en las características esenciales de las acciones, que han determinado la decisión de contratar, pues, de haberse dado por la entidad demandada una información fiel, veraz y completa de su situación financiera, puede afirmarse que los actores no habrían celebrado el contrato. Además, se trata de un error imputable a la demandada, quien, con su actuación omisiva de ocultación o de falta de información suficiente y veraz provocó en el demandante una representación errónea de la situación financiera de la entidad emisora. Y, finalmente, se trata de un error excusable, es decir, que no pudo ser salvado por el demandante empleando una diligencia media o regular.

Por todo lo expuesto, concurriendo los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para apreciar error, como vicio del consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.300 CC, **ha de estimarse la pretensión de nulidad de la adquisición de acciones objeto de la demanda, no siendo necesario entrar a analizar las pretensiones ejercitadas de forma subsidiaria.**

La consecuencia de la declaración de la nulidad del contrato litigioso es la que establece el artículo 1.303 del Código Civil: los contratantes deben **restituirse recíprocamente** las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses. Ello supone que **la obligación de devolver no nace del contrato, sino de la Ley** que la establece en dicho artículo, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el juez en virtud del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concebido, con la finalidad de evitar la necesidad de acudir a un nuevo pleito y el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra (STS de fechas 22 de noviembre de 1.983 , 24 de febrero de 1.992 y 6 de octubre de 1.994).

De acuerdo con lo expuesto, las partes deben de **restituirse recíprocamente sus prestaciones**, de acuerdo con lo establecido en la ley. La entidad demandada deberá restituir a la parte actora el nominal objeto de contrato (menos el importe obtenido por la venta de parte de las acciones, **54.853'25€**, más los intereses legales desde la fecha de la adquisición, hasta la fecha de al presente sentencia, a partir de la cual se devengará el interés derivado de la mora procesal. La parte actora tendría que restituir los títulos y las cantidades que hubiera cobrado en concepto de dividendos, sin embargo, no consta que se repartieran dividendos, nada ha probado la parte demandada al respecto, y los títulos fueron amortizados perdiendo todo su valor, por lo que nada ha de restituir el demandante.

CUARTO.- COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA. El resultado del litigio, con estimación íntegra de la demanda rectora conduce, por aplicación del párrafo primero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a imponer a la parte

demandada el pago de las costas procesales causadas por el seguimiento de esta instancia.

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta a instancia de [REDACTED] [REDACTED] representado/a por el/la Procurado/a Dº Pedro Moratal Sendra y asistido/a por el/la Letrado/a Dº Oscar Serrano Castells, contra **BANCO SANTANDER S.A.**, representado/a por el/la Procurado/a Dª Josep Mª Bort Caldes y asistido/a por el/la Letrado/a Dª [REDACTED], y en consecuencia **DECLARO LA NULIDAD** de los contratos de compraventa de derechos de suscripción preferente y acciones de fecha 10 de junio de 2016, 20 de junio de 2016 y 10 de octubre de 2016, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, y en concreto, **CONDENO** la parte demandada a restituir a la parte actora la cantidad de **CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (54.853'25€)**, más el interés legal desde la fecha de adquisición de las mismas, devengándose a partir de la fecha de la presente sentencia el interés derivado de la mora procesal.

Condeno en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe **INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN**, ante este mismo Juzgado, en el plazo de **VEINTE** días a contar desde el siguiente a su notificación, y que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona.

Llévese el original al Libro de Sentencias y librese testimonio de la misma para que conste en autos.

Así, por esta mi Sentencia, la pronuncia, manda y firma, Dª Laura Ruiz Chacón, Magistrada Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 4 de Santa Coloma de Gramenet; doy fe.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la misma Magistrada que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe.