



Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935672160
FAX: 935672169
EMAIL:aps4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120198019451

Recurso de apelación

Materia: Juicio verbal

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona

Procedimiento de origen: Juicio verbal (250.2) (VRB)

Parte recurrente/Solicitante: BANCO SANTANDER SA

Procurador/a: Jordi Fontquerni Bas

Abogado/a:

Parte recurrida:

Procurador/a: Pedro Moratal Sendra

Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

SENTENCIA Nº 715/2020

Magistrada: Marta Dolores del Valle Garcia

Barcelona, 18 de septiembre de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 16 de enero de 2020 se han recibido los autos de Juicio verbal (250.2) (VRB) remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Jordi Fontquerni Bas, en nombre y representación de BANCO SANTANDER SA contra Sentencia - 07/11/2019 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de

SEGUNDO. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

“Que estimando íntegramente la demanda presentada por parte de la entidad ‘’ en representación de su asociada D^a. representadas a su vez, por parte del Procurador de los Tribunales D. Pedro MORATALSENDRA contra la entidad “BANCO SANTANDER, S.A.” representada por parte del Procurador de los Tribunales D. Jordi FONQUERNI BAS, debo **DECLARAR y DECLARO** nula la adquisición de acciones de la entidad “BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.”, hoy la demandada, suscrita en fecha 10 y 20 de Junio de 201, por parte de D^a. y debo **CONDENAR y CONDENO** a la entidad “BANCO SANTANDER, S.A.” al pago a D^a. de la





suma de 5.010,46 Euros; importe que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de las respectivas adquisiciones hasta el día de esta resolución, y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total pago.

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

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por parte de [REDACTED]

[REDACTED] quien actúa en defensa e interés de su asociada, Dña. [REDACTED]
[REDACTED] se ejercitó contra BANCO SANTANDER, S.A. –sociedad absorbente de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. mediante escritura pública de Fusión por Absorción de Sociedades otorgada en fecha 20 de septiembre de 2018- acción de nulidad del contrato de Suscripción de Valores, concretamente, de Acciones del Banco Popular y, subsidiariamente, acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios. Partió la actora de que, en fecha 26 de mayo de 2016, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. anunció que acordaba una ampliación de capital, mediante la emisión y puesta en circulación de 2.004.441.153 acciones ordinarias de nueva emisión de 0,50 euros de valor nominal cada una de ellas, y de la misma clase y serie que las que entonces estaban puestas en circulación, con una prima de emisión de 0,75 euros por acción, y un precio de emisión (nominal más prima) unitario de 1,25 euros por acción nueva, lo que suponía un descuento del 46% sobre el precio de cotización al cierre del mercado el 25 de mayo de 2016. En la «Nota sobre las Acciones y Resumen relativos al aumento de capital con derecho de suscripción preferente de Banco Popular Español, SA» de fecha 26 de mayo de 2016, se mostraban los datos consolidados más significativos del Grupo Banco Popular a 31 de marzo de 2016 y al cierre de los últimos tres ejercicios auditados (2015, 2014 y 2013); se informaba a los potenciales accionistas que el motivo del aumento de capital radica en el objetivo fundamental de fortalecer el balance del Banco y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos, que con los recursos obtenidos el Banco podrá fortalecer su modelo de negocio, pero la información económica de la entidad que se incluía en este documento no se ajustaba a la realidad. La campaña relativa a la ampliación de capital se dirigió de manera indiscriminada a todo el público en general, sin hacer especial cribado por razón de la experiencia y conocimientos, argumentando para ello la





fortaleza de la entidad, las expectativas de cobrar unos dividendos interesantes y que el precio de salida de la acción era muy ventajoso, pues se situaba por encima del nominal, lo cual quería decir que, desde el primer momento, el cliente ya gozaba de una plusvalía en el valor de las acciones. El mensaje que recibían los clientes a través de los medios de comunicación, y de los empleados, en los casos en que las adquirieron en oficinas, era especialmente optimista, en ningún momento se les alertaba de los especiales riesgos de la operación. Los clientes sabían qué era una acción y que en la Bolsa «se puede ganar y se puede perder», pero no tenían elementos para poder valorar el contexto de la emisión y las posibles perspectivas para toma una decisión consciente y fundamentada de inversión; confiaban en la imagen y seriedad de la entidad emisora, reforzada con los mensajes publicitarios, y que contaba con el visto bueno de las entidades supervisoras que habían ejercido el correspondiente control de la legalidad. Ante ello, la Sra. [REDACTED] decidió contratarlas a través de una Oficina del Banco en Barcelona; en fecha 10 de junio de 2016, adquirió derechos de suscripción preferente por importe de 671,71 euros, y el 20 de junio de 2016, derivado de sus derechos de suscripción preferente, suscribió el número de 3.471 acciones de la ampliación de capital por 4.338.75 euros, efectuando un desembolso total de 5.010,46 euros. Es un hecho notorio que, a resultas de la Resolución del FROB de fecha 7 de junio de 2017, las acciones fueron amortizadas a valor de 0 euros. Es esencial que, para tomar decisiones respecto a estos títulos, los inversores tengan acceso a la información suficiente, completa y real de la situación económica de la sociedad, y es esta información y transparencia la que trata de garantizar toda la regulación del mercado de Valores. En fecha 26 de mayo de 2016, BANCO POPULAR, S.A. comunicó a la CNMV la intención de ampliar el capital en 2.500 millones de euros, para reforzar los ratios de capital exigidos, la calidad del activo, el equilibrio patrimonial y la capacidad de generar ingresos futuros, y la presentación a inversores se publicó en el HECHO RELEVANTE comunicado a la CNMV el 26 de mayo de 2016, de cuya lectura se desprendía la solidez y mejora del Banco, con unos ratios de capital fuertes, y con unas políticas de dividendos atractivas para 2017, cuando realmente se encontraba en una situación técnica de insolvencia, además de llevar a cabo la ampliación en claro perjuicio del resto de accionistas de la entidad, según resultaba de los hechos posteriores a esa ampliación de capital, que iban desde que, en fecha 3 de febrero de 2017, la entidad efectúa Comunicación a la CNMV como hecho relevante de información sobre resultados en el que se advierte por primera vez unas pérdidas de 3.485 millones de euros, que se manifestó estaban cubiertas por el importe obtenido en la ampliación y con su exceso de capital, y se minimizó su impacto, hasta que, en fecha 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) la inviabilidad de la entidad, al considerar que no podía hacer

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





frente al pago de sus deudas o demás pasivos a plazo o que no lo podría hacer en un futuro próximo; la JUR determinó que procedía declarar la resolución de la entidad atendiendo a que se encontraba en graves dificultades, sin que existieran perspectivas razonables que otras medidas alternativas del sector privado pudieran impedir su inviabilidad en un plazo razonable de tiempo, e impartió las instrucciones al FROB para que éste adoptara las medidas necesarias para aplicar el dispositivo de resolución; el FROB redujo el capital social del Banco Popular de 2.098.429.046,00 euros a 0 euros mediante la amortización de la totalidad de las acciones entonces en circulación (4.196.858.092 acciones nominativas) con el fin de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible. Era evidente el agravio ocasionado a los accionistas, los cuales habían tenido que soportar las pérdidas de la entidad derivadas de la valoración económica negativa de ésta, así como del precio ofrecido para la compra de la entidad, viendo cómo se ha producido la amortización (extinción) de sus acciones admitidas negociación en bolsa, la conversión y posterior amortización de determinados instrumentos de capital de nivel 1 y nivel 2 y, finalmente, la venta por 1,00 euro en total a Banco Santander de todas las acciones de la entidad. Destacó la inexplicable evolución (involución) de las cuentas auditadas por PricewaterhouseCoopers (PwC), que indicaban un patrimonio neto de 12.423 millones de euros, según se comunicó a la CNMV, y conforme a las cuales se publicó el folleto de emisión de la Oferta Pública de Acciones ejecutada en mayo de 2016, al reconocimiento de unas pérdidas de 3.485 millones de euros en el informe publicado en fecha de 3 de febrero de 2017, momento en que públicamente frente a sus inversores siguió manteniendo la plena solvencia y fortaleza de la entidad. Alegó que, en el ámbito de las actuaciones judiciales penales seguidas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 42/2017 contra Banco Popular y otras personas físicas y jurídicas vinculadas a la ampliación de capital de esta entidad, había sido aportado a los autos un Informe Razonado emitido por la CNMV el 23 de mayo de 2018, que era contundente al respecto, pues se concluye que, sin perjuicio de posteriores comprobaciones adicionales que pudieran realizarse: 1º.- La información financiera consolidada del ejercicio anual 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiero patrimonial que había sido intencionadamente alterada por determinados miembros de alta dirección realizando prácticas irregulares, y que la información financiera semestral del ejercicio 2017 no reflejaba tampoco la imagen fiel de la entidad; se evidenciaba públicamente que los datos con los que BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. hizo la ampliación de capital no eran reales ni fidedignos. Además, se produjo la re-expresión de las cuentas anuales de 2015 (en estados financieros posteriores publicados el 17 de febrero de 2017) y de las cuentas anuales de 2016 publicadas en el mes de abril de 2017 (para incluir los ajustes

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





del hecho relevante de 3 de abril de 2017), re-expresión posterior que evidenciaba que se disponía de la información y que dichos ajustes provenían algunos de ejercicios 2015 y anteriores, y suponían el reconocimiento por parte de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. de dichos defectos de información, así como el reconocimiento de la relevancia de los mismos. Alegó que la entidad bancaria no facilitó información clara y comprensible sobre el estado de sus activos y pasivos, sobre su situación financiera, sobre los beneficios y las pérdidas, ni tampoco de las perspectivas del emisor, a lo que debía añadirse la responsabilidad por falta de advertencia del riesgo de resolución o asignación de pérdidas por una autoridad administrativa (bail-in), que debía ser advertido desde el 1 de enero de 2016. Por todo ello, procedía acoger la acción de nulidad por vicio en el consentimiento, siendo innegable la existencia de un error, que no recae tanto en el tipo de producto contratado, sino sobre la situación financiera y económica de la entidad emisora; el error no era imputable a la parte adquirente, pues ésta no disponía de ningún tipo de acceso a la información real, al haber sido totalmente ocultada por la entidad emisora, y era totalmente inevitable o excusable, pues la parte adquirente no tenía ningún mecanismo para poder salvar este error, y más cuando las entidades reguladoras daban el visto bueno a la operación. También aludió a la existencia de dolo, pues la información contable falseada fue creada por Banco Popular con el objetivo de dar una imagen de solvencia a su ampliación de capital y así asegurarse de sus ambiciosos objetivos (y necesidades) de colocación de acciones; la parte adquirente acudía al mercado de buena fe, y se habían utilizado maquinaciones engañosas y conductas insidiosas (utilizar datos contables falsas) para conseguir un hecho (la compra de las acciones), que, de haberse sabido la realidad, no se hubiera realizado. Basó la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios en que la información proporcionada claramente falseada suponía un incumplimiento contractual doloso por parte de la demandada del artículo 1.101 CC y de suficiente entidad para provocar la indemnización, mediante la devolución de las cantidades invertidas inicialmente más los intereses legales. Añadió que el hecho de que la ampliación de capital se hiciera bajo una información contable falsa es un hecho notorio que no necesita prueba, y que el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información facilitada en el mercado de productos financieros debía recaer ex art.217 LEC sobre el profesional financiero, pues la exigencia de diligencia de estos va más allá de la genérica del buen padre de familia y es la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de su cliente como reza el principio básico de su actuar.

La demandada contestó y se opuso, partiendo de alegar la falta de legitimación activa de ASUFIN para interponer la demanda rectora del presente





procedimiento. Seguidamente, alegó que no se trataba de un producto financiero complejo, sino de un producto calificado legalmente de manera expresa como no complejo. Las acciones que se ejercitaban en su contra pretendían desplazar al Banco el riesgo de la inversión de la actora, que es quien legalmente estaba obligada a soportarlo. La cotización de la acción de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. fue descendiendo progresivamente desde el momento de la suscripción, y, como consecuencia de unos hechos extraordinarios y posteriores a la ampliación de capital (una drástica retirada de depósitos), muchos meses después de la suscripción, las autoridades europeas acordaron su resolución, siendo esa la causa de la pérdida reclamada; cuando se invierte en una sociedad, lógicamente se asume el riesgo de la evolución del emisor, esto es, que la compañía pueda verse inmersa en situaciones desfavorables, como el concurso de acreedores o, en el particular caso de entidades financieras, sometidas a una específica regulación y supervisión, de conformidad con los instrumentos europeos y nacionales aprobados al efecto, ser objeto de un dispositivo de resolución. El folleto informativo de la ampliación de capital que se llevó a cabo entre mayo y junio de 2016 advirtió de los concretos riesgos asociados a la emisión; fue supervisado, aprobado y registrado por la CNMV; la información financiera fue también revisada por la firma de auditoría PricewaterhouseCoopers, que emitió una opinión favorable sin salvedades; las autoridades regulatorias en ningún momento reprocharon cuestión alguna a la información facilitada con motivo de la ampliación, sin que con la demanda se aportase prueba alguna de la alegada insuficiencia o falsedad de la información del folleto; durante los meses siguientes a la ejecución de la ampliación se implementó ese plan de saneamiento. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A actuó en todo momento con transparencia, comunicando a sus accionistas y al resto del mercado la información que se iba generando, y esa información fue objeto de constante cobertura por los medios. A pesar de todo ello, y a diferencia de lo que decidieron muchos otros accionistas, la demandante, que pudo vender sus acciones en cualquier momento, mantuvo sus acciones, asumiendo lógicamente el riesgo asociado al descenso de la cotización que se iba produciendo. El 10 de abril de 2017, la junta general ordinaria del Banco aprobó las cuentas anuales del ejercicio 2016, que habían sido formuladas el 20 de febrero; circunstancias de diferente naturaleza se sucedieron durante mayo y los primeros días de junio de 2017, y provocaron alarma, una severa pérdida de confianza y un grave daño a su reputación entre muchos clientes, que retiraron masivamente los fondos que tenían depositados en la entidad (se retiraron miles de millones de euros en sólo unos días), por lo que se perdió gran parte de su capitalización bursátil como consecuencia del desplome de la acción (sólo en una semana la pérdida del valor en bolsa fue de más de 1.000 millones); la línea de emergencia se consumió en sólo dos días, y el 6 de junio de 2017 se habían agotado las

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD0A0IOQ3CISZ4OD3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





fuentes de liquidez, lo que implicaba la imposibilidad de que el Banco hiciese frente a sus obligaciones de pago con depositantes y acreedores y que, por tanto, al día siguiente no pudiese desempeñar su actividad, todo lo cual desembocó en que la JUR acordó la resolución de la entidad el 7 de junio de 2017, decisión que fue ejecutada por el FROB ese mismo día. Alegó que la actora ejercitaba varias acciones, todas ellas fundadas en una supuesta falsedad o incorrección del Folleto Informativo publicado con ocasión de la ampliación de capital. Negó que procediese acoger la acción de nulidad, porque la normativa general del Código Civil sólo opera de forma supletoria en la contratación mercantil, para el caso de que la situación no se encuentre regulada en el Código de Comercio o en las leyes mercantiles especiales, y la normativa mercantil especial contempla una acción específica, con consecuencias también distintas, ante casos como el referido por la demanda (art. 38.3 de la LMV), puesto que vendría a equivaler a anular la operación misma de aumento de capital en su conjunto. En cuanto a la acción de responsabilidad civil derivada del folleto, tampoco podía prosperar, al no concurrir ninguno de los presupuestos exigidos para ello, pues no se observaba el presupuesto básico y esencial de la existencia de falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto informativo de la emisión de valores o la existencia de falsedades u omisiones de datos relevantes en el contenido del informe financiero anual y semestral, o el incumplimiento de otras obligaciones derivadas de la LMV, y, asimismo, por la ausencia de relación de causalidad, debido a las circunstancias de múltiple naturaleza que propiciaron el descenso del precio de la acción en la fecha de aplicación del dispositivo de resolución (7 de junio de 2017) nada tenían que ver con la información contenida en el folleto de la ampliación de capital de 2016 ni con la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016. La ampliación de capital fue precedida de la elaboración, aprobación y registro del folleto ante la CNMV, el cual se compone de dos documentos: por un lado, el documento de registro del emisor y, por otro lado, la nota sobre las acciones y el resumen, siendo la finalidad de ambos que el inversor se haga un juicio razonado sobre la sociedad emisora (documento de registro) y la ampliación (nota sobre las acciones y resumen). El folleto informativo publicó toda la información financiera disponible al tiempo de la ampliación de capital; ambos documentos, el registro y la nota de acciones y resumen, advirtieron de los riesgos de diferente naturaleza asociados específicamente al emisor, a su sector de actividad y a las acciones, y la información sobre los riesgos asociados a la inversión en acciones del Banco expuesta en el folleto informativo fue adecuada y completa, siendo que los resultados negativos durante los sucesivos trimestres obedecieron, precisamente, a la materialización de diversos riesgos advertidos en el folleto (principalmente, la elevada exposición al mercado inmobiliario y a operaciones de crédito en situación de incumplimiento por los clientes, que provocaron

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





elevadas provisiones, como prevenía el folleto). El Banco cumplió diligentemente su deber de facilitar información adecuada con anterioridad a la contratación y a través de diferentes cauces, con sesiones informativas previas, en las que se facilitó la información correspondiente sobre las características del producto y sus riesgos, y se entregaron al cliente los documentos informativos previstos por el Banco al efecto en su protocolo de actuación (interesadamente no aportados con la demanda), en los que, de forma reiterada, subrayada y resaltada, se advertía de los riesgos asociados a la contratación. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. observó sus obligaciones informativas de transparencia y diligencia tanto con motivo de la ampliación de capital (como se ha analizado en los hechos previos) como con posterioridad, comunicando a sus accionistas y al resto del mercado la información que se iba sucediendo sobre su situación financiera. Las cuentas del Banco reflejaron en todo momento su verdadera situación patrimonial y financiera, y que no sufrió una crisis de insolvencia, sino una crisis de liquidez; negó haber falseado sus cuentas, de tal forma que las mismas no reflejaran de forma real y exacta su verdadera situación, cuentas que estaban sometidas a un triple control: del auditor externo, por ser una sociedad anónima; de la CNMV, por tratarse de una entidad cotizada; y del Banco de España, por tratarse de una entidad de crédito. Como establecieron tanto la Comisión Europea, como el Banco Central Europeo, la JUR y el FROB, el Banco fue declarado inviable tras constatarse su falta de liquidez, que se produjo debido las retiradas masivas de depósitos durante los días previos a la resolución, dato objetivo que se olvida en la demanda, y esas retiradas masivas de depósitos condujeron a la situación de iliquidez, a la resolución de la entidad y, en definitiva, a la amortización de las acciones de las que era titular la actora, sin que ninguna información u omisión del folleto diese lugar a ello. Finalmente, peticionó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, pues se estaba tramitando ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional un procedimiento penal (diligencias previas 42/2017), cuyo objeto era la investigación de los mismos hechos y de los mismos documentos que integraban la causa de pedir de las acciones civiles ejercitadas en estas actuaciones.

La sentencia es estimatoria de la demanda. Tras la no apreciación en el acto de la vista de la falta de legitimación activa ni de la prejudicialidad penal, se señala que no es objeto de controversia que la Sra. [REDACTED] adquiriese los productos en el mercado primario en fechas 10 y 20 de junio de 2016, tras la ampliación de capital acordada por la entidad bancaria el 26 de mayo de 2016, así como que son hechos notorios los que pasa a enumerar, que van desde la decisión de esa fecha de ampliar el capital hasta la Resolución del FROB de 7 de junio de 2017, pasando por el hecho de que, en fecha 3 de abril de 2017, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. comunicó que el departamento de auditoría





estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital del mes de Mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis, y pasando también por el hecho de que, en fecha 15 de mayo de 2017, la entidad demandada desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 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. Tras hacer expresa referencia a la normativa aplicable, se pasa a analizar la acción principal ejercitada, la de nulidad basada en vicio del consentimiento (error/dolo), y los requisitos para su apreciación, y se concluye que no concurren los requisitos para la apreciación de dolo civil, pero sí para la apreciación del error, a lo que se añade la existencia de la obligación legalmente exigible a la demandada de suministrar una información completa, suficiente y actualizada, y de conformidad con la normativa anteriormente expuesta. Se pone de relieve la importancia de la información en ese ámbito de la contratación, y, atendidos los hechos notarios señalados, se concluye que el aumento de capital controvertido, realizado en fecha 26 de Mayo de 2016, 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, también se hacía constar que las posibles pérdidas contables quedarían cubiertas con el aumento de capital, previendo que, si los resultados del primer trimestre de 2017 eran positivos, se reanudaría el pago de dividendos, y que durante el año 2018 la ratio de pago de dividendo sería de 40%, de tal manera que la imagen que transmitía la entidad mediante dichas explicaciones no era la de su inminente iliquidez o insolvencia; la finalidad de la ampliación de capital era compensar unas "inciertas" pérdidas de 2016, con una clara evolución positiva respecto al ejercicio de 2018, incertidumbre que, según se hacía constar en el informe pericial aportado por la parte actora, no podría predicarse respecto a la existencia y realidad de tales pérdidas, sino, en su caso, de su exacto importe, dado que una de sus razones determinantes de tales pérdidas se encontraba en una incorrecta cuantificación de las provisiones a realizar de conformidad con la Circular del Banco de España 4/2006 y la posterior, 44/2014, que se arrastraba desde el ejercicio de 2014, y que fueron reconocidas posteriormente, en fecha 3 de Abril de 2017, mediante la re-expresión de las cuentas anuales de la entidad correspondientes al ejercicio 2016, tras la intervención de la empresa auditora, así como también fueron reconocidas por parte del perito propuesto por la parte demandada en el acto de la vista. De la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo de la ampliación de capital de fecha 26 de Mayo de 2016 y en la nota de las acciones aportada, resultaba que las cuentas no se correspondían con la situación económica, financiera y patrimonial que

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD0A0IOQ3CISZ4OD3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





presentaba realmente la entidad en aquel momento, siendo esa la documentación que debió valorar, entre otros extremos, la hoy actora para proceder a la adquisición de las acciones controvertidas, sin resultar acreditado que dispusiera o pudiera disponer de otra información más fiable, actualizada y ajustada a la realidad de la situación que presentaba tal entidad, siendo aquella información confirmada por posteriores comunicaciones realizadas por el Banco a la CNMV, a sus clientes de forma directa y a través de la prensa, de conformidad con los hechos notorios anteriormente descritos con respecto a la viabilidad de tal mercantil. Con cita de la jurisprudencia menor, se señala que dichas valoraciones han sido mantenidas 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 la entidad, 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. Se cita especialmente, la SAP Vitoria (Álava) 17 de Junio de 2019, que, tras examinar de manera detallada la evolución de la realidad contable de la entidad a lo largo de varios ejercicios (2012 a 2017), concluye en la concurrencia de los presupuestos de las acciones de responsabilidad de los arts. 38 y 124 Ley de Mercado de Valores, y se añade que la demandada no había dado una explicación o justificación razonable de la evolución negativa de la entidad que no fueran previsibles o conocidas en el momento de la emisión del folleto informativo correspondiente, así como tampoco, con posterioridad, en el momento de la realización de las comunicaciones al respecto de la situación contable y financiera que mantenía, limitándose su perito a manifestar que la retirada masiva de los depósitos de la entidad demandada, a finales de Mayo de 2017, tuvo su origen en una noticia publicada en la prensa, cuyo fundamento y finalidad desconocía. Se añade que dichas conclusiones en ningún caso pueden ser contrarrestadas con el elemento de aleatoriedad que le es inherente a este tipo de productos, dado que dicho elemento debió ser conocido y asumido por la Sra. [REDACTED] en el momento de su contratación; los presupuestos iniciales de los que partía y relativos al estado de solvencia y rentabilidad de la entidad bancaria, suministrados por la propia entidad y fundamento de su decisión inversora, no fueron los que aquella realmente presentaba en dicho momento, induciéndola por ello a un claro error con respecto a la naturaleza, solvencia y expectativas de la adquisición.

La demandada interpone recurso de apelación con la sentencia y solicita su revocación.





La actora se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- La apelante funda su recurso en los motivos siguientes 1) prejudicialidad penal; 2) falta de legitimación activa; 3) error en la valoración de la prueba; 4) no concurrencia de los requisitos para estimar la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, y 5) no concurrencia de los requisitos para estimar la acción de responsabilidad civil derivada del folleto.

Comenzando por examinar la falta de legitimación activa, por razones de sistemática, la apelante reitera que las asociaciones de consumidores únicamente están legitimadas para actuar en defensa de los intereses colectivos o difusos de sus asociados, no, como en este caso, de los individuales (art. 7.3 LOPJ y SAP Valencia, 8ª, de 19.04.2017). Añade que, en virtud del artículo 11 de la LEC, ASUFIN estaría legitimada para el ejercicio de acciones propias de la legislación de consumidores, que no incluyen las acciones clásicas de nulidad del Código Civil (SAP Barcelona, 15ª, de 12/04/2018)

Al respecto, en línea con lo argumentado en la sentencia recurrida, se comparte el criterio contenido en la SAP Madrid, sección 25ª, de 15 de abril de 2019:

"Expuesto el anterior resumen nos referimos en primer lugar a la alegación sobre falta de legitimación activa de ASUFIN por no representar intereses colectivos, ni ejercitar una acción por situaciones jurídicas de titularidad supraindividual, normativa de consumidores y acogerse al beneficio de asistencia jurídica gratuita. A esta cuestión aplicamos en sentencia de 31 de Enero de 2019 el razonamiento que ya se venía manteniendo con anterioridad y que por su interés reproducimos íntegramente desde su inicio, del siguiente tenor literal:

"Así las cosas y como consideración previa al fondo de la cuestión controvertida, la Sala comparte los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la legitimación activa de ASUFIN reiterada, entre otras en Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones 25ª, 18ª y 14ª, de fechas respectivas, dos de 19 de Julio de 2018 y 29 de Junio también de 2018. Esta última recoge en su Fundamento Jurídico SEGUNDO "Recurso de Bankinter" (SEGUNDA.-) el planteamiento impugnatorio de la entonces apelante sobre la misma cuestión, que coincide con el ahora expuesto en la oposición de la apelada incluidas las dudas de derecho a efectos de costas.

Ante aquel planteamiento sustancialmente idéntico al actual se resolvió en la forma que por lo que aquí interesa, destacamos a continuación:





La legitimación no es, pues, un presupuesto del proceso ni una cuestión previa de forma, es de fondo; de estimación o desestimación de la demanda.

Este concepto de legitimación se corresponde con la legitimación propia de las personas jurídicas que actúan por sí y en su propio nombre y derecho.

Junto a ese concepto está el de legitimación por sustitución, de la que hay muchos y variados ejemplos en nuestro derecho. Así: la acción subrogatoria del Art.1111 C.C ., la reclamación de créditos por el usufructuario con fianza del Art.507 C.C ., la reclamación de renta del arrendador al subarrendatario del Art.1582 C.C ., la acción directa del Art.76 L. C. S ., y la del Art. 5 de la Ley de Colegios Profesionales .

La que nos ocupa tiene su origen en el art.7.3 L.O.P.J . que ordena: 3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción., y su desarrollo en el Art.11 L.E.C . que dice: 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios .

La dicción legal es clara. La asociación legalmente constituida puede defender sus intereses, los de sus asociados, y los colectivos difusos de los consumidores en general.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 24-01/2017 de la sección 28 de esta Audiencia: Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación, conforme al artículo 11 de la LEC (en relación con el artículo 24 del Texto Refundido 1/2007 de la LGDCU), para defender en juicio las siguientes situaciones: 1º) los derechos e intereses de la propia asociación; 2º) los derechos e intereses de sus asociados, actuando entonces en representación de éstos, debiendo en tal caso identificar a aquellos afiliados por los que actúa, y ello sin perjuicio de la legitimación individual de cada uno de ellos; y 3º) los intereses generales de los consumidores y usuarios, actuando entonces a favor de la tutela de derechos ajenos merced a una expresa atribución legal (como posibilita el artículo 10 de la LEC), por lo que no se requerirá que los afectados sean precisamente afiliados suyos, pudiendo distinguirse dos supuestos: a) cuando se trate de un grupo de afectados, por un hecho dañoso, que esté perfectamente determinado o cuyos integrantes sean fácilmente determinables, aquélla podrá actuar en la defensa de sus intereses colectivos, compartiendo legitimación en ese caso con las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





con los propios grupos de afectados; y b) cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación ostentarán, de modo exclusivo, siempre que fuesen representativas con arreglo a la ley, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos.

Dicho de otro modo, la legitimación de Asufin, como asociación de consumidores, que actúa en beneficio de dos de sus asociados perfectamente identificados, es legitimación legal.

Para combatirla sería preciso que BANKINTER probara que la asociación no está legalmente constituida, o que los que dicen ser asociados no son tales, o que su identificación es dudosa, o que aun siendo asociados no son titulares del derecho que se ejercita en su nombre, cosa que no ha hecho."

La SAP Asturias, sección 7ª, de 7 de diciembre de 2017 señala también lo siguiente:

"El primer motivo del recurso cuestiona la legitimación activa de [REDACTED] puesto que los arts. 11.1 LEC y 7.3 LPOJ habilitan a las asociaciones de consumidores para defender en juicio a sus asociados, pero limitan tal habilitación al ejercicio de acciones tendentes a proteger intereses colectivos (intereses comunes convergentes de los asociados), excluyendo expresamente de las facultades de las asociaciones de consumidores el ejercicio de acciones tuitivas de intereses individuales, como son las que se deducen en la demanda y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la legitimación conferida a las asociaciones para representar en juicio a sus asociados es una legitimación extraordinaria limitada a la defensa de los intereses de los asociados en cuanto miembros de un colectivo (la asociación) o a los intereses generales de los consumidores y que la admisión de la legitimación activa de [REDACTED] para ejercitar acciones tuitivas de intereses particulares conlleva consecuencias ilógicas que contravienen la literalidad y espíritu de la norma.

El artículo 11 de la LEC , señala que " Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios ", mientras que el artículo 7.3 de la LOPJ dispone " 3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción ".





Del contenido del primer precepto se infiere que parece que incluye la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los intereses incluso individuales de sus asociados, pero el segundo no contempla dicha situación, siendo consciente esta Sala de que existen resoluciones contradictorias de las diferentes Audiencias Provinciales, como además ponen de manifiesto ambas partes en sus escritos de apelación y oposición a la misma.

Pero al margen de dichas discrepancias debe recordarse que el Tribunal Supremo -ya antes de la vigente redacción del art. 37 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias - se había pronunciado al respecto, así la STS de 3 de noviembre de 2006 en la que la Asociación Amas de Casa Altamira Allende de Miranda de Ebro en nombre de cuatrocientas ochenta y nueve de sus socias en que se solicitaba que se declarase abusiva y nula la cláusula contractual en virtud de la cual habían pagado cantidades distintas (inferiores a las quince mil pesetas) a Gas Natural de Castilla y León, S.A. en concepto de "derechos de alta que corresponden a los costes generados por gastos administrativos derivados de la contratación y a los de la revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio", para dar cumplimiento, en el momento de iniciar su funcionamiento la relación jurídica, planteándose por la entidad Gas Natural de Castilla y León, S.A., como uno de los motivos de su recurso la infracción de los artículos 7.3 de la Ley 6/1.985, 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, y 20.1 de la Ley 26/1.984, negaba, con apoyo en esas normas, la legitimación a la asociación de consumidores demandante para el ejercicio de las acciones identificadas en la demanda, ya que las mismas, en cuanto dirigidas a una restitución causada por previos pagos de lo indebido, tienen por función la defensa de derechos individuales de las asociadas, que, según ella, eran las únicas legitimadas activamente, estableciendo que " El artículo 20.1 de la Ley 26/1.984, como hoy el artículo 11.1 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (no aplicable al proceso por razones temporales), faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores y usuarios, los de sus asociados. Legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidoras en ella agrupadas, en nombre e interés de las mismas (sentencias de 18 de mayo de 1.993, 20 de noviembre de 1996 y 7 de noviembre de 2003) ".

El citado art. 37 del TRLGDCU señala que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho: c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, es decir las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación propia u ordinaria para la defensa de los propios intereses de la asociación, pero también legitimación extraordinaria o por sustitución para la defensa de los intereses de sus asociados.

Por último, se cuestionan los requisitos formales de validez de la representación de D^a. [REDACTED] y D. [REDACTED] por [REDACTED] ya que la autorización que se acompaña como documento nº 4 de la demanda es insuficiente, pues no habilita a [REDACTED] para representar a D^a. [REDACTED] y D. [REDACTED] en el procedimiento ni a desistir, renunciar o transigir sobre su objeto, se trata una "autorización" tan genérica que ni siquiera recoge qué acciones se autorizan, ni contra quién, ni con qué objeto

La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos de sus asociados, que establece el art. 11 LEC, no es un supuesto de simple representación, pues el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte; mientras que en los casos del art. 11 LEC, es parte procesal la propia asociación y no sus miembros, por lo que no estamos ante una representación legal o voluntaria, sino ante una legitimación extraordinaria. Y consta con la documentación aportada, que los asociados en cuyo interés actúa [REDACTED] autorizaron a esta asociación para que en su defensa e interés pudieran ejercer acciones judiciales, por la defectuosa comercialización de un producto, y aunque no se concrete cuales son esos productos y que acciones concretas vana a ejercitarse, ello deba considerarse insuficiente para las acciones ejercitadas en el presente proceso.-"

No se acoge, en consecuencia, dicho motivo de apelación, ya la actora ostenta plena legitimación activa para accionar en defensa e interés de sus asociados.

TERCERO.- Se pasa, seguidamente, a examinar la prejudicialidad penal, que la apelante basa en que los hechos objeto del proceso penal son los mismos que alguno o algunos de los que se discuten en el proceso civil. Aduce que, como en las actuaciones penales se investigan los mismos hechos que, además, aunque pudieran no ser del todo coincidentes con el relato de la demanda, son sin lugar a dudas antecedente lógico y necesario del fallo civil –como se explicita a lo largo de toda la Sentencia recurrida-, debió haberse suspendido el procedimiento civil en ese mismo momento. Se trata de una simple valoración





fáctica que deja al margen la calificación que pudieran tener esos hechos; el procedimiento penal iniciado tiene también por objeto la investigación de los mismos documentos que integran la causa de pedir de las acciones civiles que se ejercitan en este procedimiento civil; sí hay discusión entre las partes sobre si los propios hechos ocurrieron, ya que la demandante alega que sí existieron irregularidades contables o falsedades que impedían que se reflejara la imagen fiel de la entidad en el Folleto de la ampliación de capital y posteriormente en las cuentas anuales, mientras que la demandada sostiene que no existieron. Lo determinante, como expresamente subraya la Excm. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, es “que el elemento fáctico de la causa de pedir de la acción ejercitada en el proceso civil esté incluido en el hecho o conjunto de hechos objeto del penal”(Sentencia 785/2009, de 24 de noviembre [recurso núm. 1230/2005]), siendo además perfectamente compatible con lo establecido por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 24/2016, de 3 de febrero de 2016, dictada en el lamentablemente conocido como “caso Bankia” (en adelante, “STS 3/02/16,núm. 24/2016”), caso en el que había elementos de convicción (los mismos hechos) en ambas jurisdicciones, que eventualmente podrían haber dado lugar a calificaciones jurídicas distintas, pero sin variar los hechos, mientras que, en el presente caso, tanto en la demanda civil como en el procedimiento penal lo que se plantea es la efectiva veracidad de unos hechos, la efectiva veracidad de la situación de la entidad, sin constar elementos de convicción.

Se comparte también el criterio seguido en primera instancia de no dar lugar a la suspensión del procedimiento por la prejudicialidad penal alegada.

La demandada alegó en su contestación que era público y notorio que se estaba tramitando ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional un procedimiento penal (diligencias previas 42/2017), cuyo objeto era la investigación de los mismos hechos y de los mismos documentos que integraban la causa de pedir de las acciones civiles ejercitadas en estas actuaciones, y se remitió a lo que resultaba del documento nº 41 que aportaba, que es el auto de fecha 3 de octubre de 2017, dictado en las citadas actuaciones penales, mediante el cual fue admitida a trámite la querella presentada por presentada querella contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y contra los miembros de su Consejo de Administración “por la presunta comisión de un delito continuado de falsedades societarias y administración desleal de patrimonio societario, previsto en los arts.290, 294, 295 y 74 CP; de un delito continuado contra el mercado, previsto en los arts.288 bis y 284 CP, de un delito continuado de falsedades documentales, previsto en los artículos 390, 392, 395 y 74 C.P. y de un delito continuado de apropiación indebida, previsto en los artículos 253 y 254 del





Código Penal”.

Sin embargo, a la vista de las acciones ejercitadas por la parte actora, y tal y como se señala en la sentencia recurrida, el objeto de controversia en el presente procedimiento civil es verificar cuál fue la información dispensada por la entidad y la situación de solvencia que la misma presentaba en el momento de la adquisición, el cumplimiento de las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información, en especial, en la oferta pública de suscripción de acciones. Y ello partiendo de la base de que no se trata de que la cliente desconociese el elemento de aleatoriedad inherente a las acciones en el momento de su contratación, sino que se trata de determinar si los presupuestos iniciales de los que partía la cliente, relacionados con el estado de solvencia y rentabilidad de la entidad bancaria, suministrados por la propia entidad y fundamento de su decisión inversora, fueron o no los que aquella realmente presentaba en dicho momento, y si indujeron a error a la cliente con respecto a la naturaleza, solvencia y expectativas de la adquisición, error que ha sido apreciado en la sentencia recurrida.

En relación con la prejudicialidad penal en este caso concreto, la SAP Ávila, sección 1ª, de 11 de junio de 2020 señala lo siguiente:

“En el presente caso la parte actora ejercita una acción de anulabilidad del contrato de suscripción de acciones de la sociedad mercantil Banco Popular Español S.A. por error como vicio en el consentimiento y, con carácter subsidiario, una acción de indemnización por falta de información y una acción de indemnización por incumplimiento contractual.

El objeto del presente procedimiento no es determinar si las cuentas presentadas por la sociedad mercantil Banco Popular S.A. eran o no falsas o si los administradores incurrieron en una conducta delictiva de falseamiento de los datos contables incluidos en el folleto, sino si, en el momento de suscribir las acciones, la parte actora o demandante había sido debida y claramente informada de la situación económica y financiera real de la entidad de forma que pudiera formar una decisión plenamente consciente de los riesgos y de las ventajas que entrañaba la inversión. La falsedad investigada en el procedimiento penal es una falsedad ideológica por lo que la resolución del tribunal penal no tendrá influencia decisiva en la resolución de este procedimiento, ni concurre el supuesto previsto en el artículo cuarenta y apartado cuarto de la ley de enjuiciamiento civil específicamente referido a la posible falsedad de documentos aportados en un pleito que resultan decisivos para su resolución.

Como señala la sentencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo anteriormente referida, “la valoración relativa a la corrección de los

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWDA0IOQ3CISZ4OD3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





datos contables contenidos en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones y la relativa al cumplimiento de las exigencias de la normativa sobre el mercado de valores constituirían unas valoraciones no tanto fácticas, relativas a la prueba de los hechos, como sobre todo jurídicas, pues debe valorarse si la aplicación de las normas contables utilizadas y si la conducta de la entidad bancaria se ajustó a las exigencias de la normativa del mercado de valores, esto es, aunque la decisión del tribunal penal fuera absolutoria, ello no determinaría la desestimación de las pretensiones formuladas en este proceso civil, pues no relevaría al tribunal civil de aplicar, conforme a los criterios y principios que rigen el enjuiciamiento de las cuestiones civiles, las normas contables y las del mercado de valores".

Por todo lo expuesto no puede considerarse que exista la cuestión prejudicial penal que pretende la parte demandada la sociedad mercantil Banco de Santander S.A.; lo decisivo en este procedimiento no es si ha habido o no falseamiento de las cuentas de la entidad o del folleto informativo sino si la imagen de solvencia que proyectaba el folleto de la emisión de acciones y la campaña publicitaria que los comerciales de la entidad ofrecían a los inversores se correspondía con la real situación económica y financiera de la misma y no se precisa el previo pronunciamiento penal condenatorio para poder llegar en su caso a la conclusión, en la cual funda su pretensión la parte actora o demandante, de que la situación real de la entidad en el momento de la emisión no coincidía con el estado de solvencia reflejado en el folleto, pues dicha conclusión se puede deducir también por ejemplo del propio desarrollo de los acontecimientos que llevaron a la intervención de la entidad y a posterior su venta por un precio simbólico. La diferente valoración de los hechos que ha de realizarse conforme a los parámetros civiles y penales conlleva que ni siquiera una sentencia penal absolutoria determinaría por sí misma la inexistencia de inexactitudes u omisiones en el folleto y en la publicidad de la emisión que podían determinar la prestación de un consentimiento viciado por error en los inversores, por lo que no es necesaria la previa resolución del proceso penal para el enjuiciamiento de esta causa, debiendo desestimarse la suspensión por prejudicialidad penal, revocándose la resolución recurrida."

En AAP Barcelona, sección 11ª, de 6 de marzo de 2020, se señala también lo siguiente:

"La suspensión objeto de pretensión y posterior acuerdo, precisará no solo la pendencia de causa penal, sino la incidencia decisiva de su objeto en el proceso civil, esto es, que la resolución a adoptar en el orden criminal, atendidos los hechos que son objeto de investigación, sea condicionante de la que deba recaer en el civil, tal y como resulta de la STS de 30/05/1997.





En el supuesto de autos existen las Diligencias previas 42/17 ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 que investigan si los gestores de Banco Popular Español, S.A. falsearon las cuentas societarias en el proceso de ampliación de capital del año 2.016 para ofrecer una imagen saneada de la entidad, pretendiéndose en estos autos de forma principal declaración de nulidad de órdenes de suscripción de acciones de dicha entidad de crédito, por dolo o subsidiariamente error, con relación a las compras de fechas 07/02/2014 y 21/01/2015, aludiendo a una situación de ocultación financiera desde al menos el año 2012.

Ahora bien, como ya indicó esta Sección en Auto de 11 de 2019 la consiguiente decisión que pudiera adoptarse en el orden jurisdiccional penal, no puede incidir en el presente proceso civil por lo que no procedía acordar la suspensión solicitada por la interpelada, tal como resolvimos en un asunto análogo al presente en el auto 223/19, de 17 de julio en línea con el Auto AP de Madrid, Sec. 8ª, 190/19 de 26 de junio Jurisprudencia citada AAP, Madrid, Sección 8ª, 26-06-2019 (rec. 449/2019).

En el proceso criminal no se investiga la falsedad del documento que contiene el contrato objeto del presente litigio civil, sino la posible discordancia con la realidad de algunas de las partidas reflejadas en la contabilidad de Banco Popular Español, S.A. a raíz de la ampliación de capital acometida en el año 2.016 y publicitada para general conocimiento de los potenciales inversores, más como se dijo en la referida resolución: "Es innegable que esa posible distorsión de la imagen fiel del negocio en las cuentas de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. deberá ser examinada en el presente litigio a los efectos de resolver las pretensiones ejercitadas por el actor en el escrito rector, sin embargo ese análisis se verificará desde una perspectiva distinta a la del ámbito criminal, bajo unos parámetros valorativos diferentes, lo que excluye la concurrencia de la circunstancia exigida para decretar la suspensión del curso de los presente autos por el art. 40.1.2ª LECivil Legislación citada LEC art. 40.1.2 ("Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil."). "

Tampoco una resolución absolutoria evitaría la estimación de la acción civil de forma automática, pues como dijo el Tribunal Supremo en las Ss. 23 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 03-02- 2016 (rec. 541/2015) y 24 de 2.016 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 03-02- 2016 (rec. 1990/2015), en doctrina aplicable al caso por analogía, esa circunstancia "no relevaría al tribunal civil de aplicar, conforme a los criterios y principios que rigen el enjuiciamiento de las cuestiones civiles, las normas contables y las del mercado de valores. Esas valoraciones responden a parámetros diferentes en el proceso penal y en el civil. En cuanto a la valoración probatoria, porque en el proceso penal se exige un estándar de prueba más alto

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWDA010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





que en el proceso civil, al ser necesaria en aquel una prueba de cargo, esto es, más allá de cualquier duda razonable, y tal estándar de prueba no es exigible en el proceso civil. De tal modo que si en el proceso penal no se considerara acreditada la falsedad de los documentos contables, en el plano fáctico tal decisión no supondría tanto una declaración de inexistencia de hechos (ya hemos dicho que no existe controversia sobre los hechos fundamentales), vinculante en el proceso civil, como una afirmación de que no se había alcanzado el estándar de prueba exigible en el proceso penal. En cuanto a la valoración jurídica, y en concreto a la valoración de la aplicación de la normativa contable y del mercado de valores, porque los principios que inspiran el proceso penal suponen unas exigencias inaplicables al proceso civil en que se ejercitan derechos privados. Esto puede implicar que en el proceso civil se llegue a una valoración jurídica sobre la correcta o incorrecta aplicación de las normas contables (valoración de activos, dotación de provisiones, etc.) y de las que regulan el mercado de valores que no tiene por qué ser la adoptada en el proceso penal. En el proceso penal no es relevante cualquier inexactitud de los datos contables ni cualquier aplicación controvertida de la normativa contable y del mercado de valores, solo lo es aquella inexactitud y aquellos incumplimientos que permitan calificar de delictiva la actuación de los administradores imputados y fundar una sentencia penal condenatoria.

4.- El art. 40 LEC Legislación citada LEC art. 40 exige que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener un influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Por las razones que se han expuesto, aunque el tribunal penal no considerara probado que los estados contables no reflejaban la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de Bankia, o entendiera que no lo hacían con la intensidad suficiente como para integrar una conducta delictiva, tal hecho no tendría una influencia decisiva en la resolución del litigio civil por las razones que se han expuesto en relación al estándar de prueba exigible en el proceso penal y en el proceso civil, respectivamente, dada la falta de controversia sobre los hechos expuestos por la Audiencia Provincial a que se ha hecho referencia. Y no se produciría propiamente una contradicción entre sentencias, incompatible con el art. 24 CE Legislación citada CE art. 24 de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, por cuanto que la sentencia de la jurisdicción civil no estaría afirmando hechos que la sentencia penal pudiera negar, sino que estaría realizando una valoración de determinadas cuestiones contables y financieras conforme a los principios inspiradores del proceso civil, que no exige la existencia de una prueba de cargo, en el aspecto fáctico, ni la aplicación de los criterios valorativos propios del proceso penal, en el aspecto jurídico. Cada orden jurisdiccional tiene una independencia valorativa, acorde con su función y con las características de las pretensiones que ante cada uno de ellos se





ejercitan, que justifica que unos mismos hechos puedan ser valorados desde perspectivas diferentes sin por ello vulnerar los arts. 9. 3 Legislación citada CE art. 9. 3 y 24 de la Constitución Legislación citada CE art. 24 "".

El motivo se desestima.

CUARTO.- En cuanto al error en la valoración de la prueba, afirma la apelante que la sentencia recurrida valora erróneamente la prueba practicada, al asumir como notorios hechos que no fueron debidamente acreditados por la parte actora, sino que fueron ampliamente rebatidos y explicados por el perito de la apelante; en la sentencia, se parte de una valoración de indicios para sostener que el folleto de la ampliación de capital de 2016 no reflejaba la imagen fiel de la entidad, pero no se analiza, en cambio, el contenido del folleto, de cuyo análisis pueda concluirse que no reflejaba la imagen fiel de la entidad y del que pueda derivarse responsabilidad alguna para la entidad bancaria. Aduce la apelante que no existe ningún hecho que demuestre que la entidad manipuló la información ofrecida a los inversores ni ocultó su verdadera situación económica. La información contenida en el folleto y en la nota resumen de la ampliación de capital facilitada por Banco Popular a sus inversores era real y fácilmente analizable, puesto que se advertía: 1) de que la ampliación de capital tenía como objetivo desinvertir, en tanto que la entidad estaba afectada por la rama de negocio inmobiliario; 2) de las incertidumbres; 3) del riesgo de pérdidas que estimaba para 2016 en 2.000.000 euros y que la entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre iba a tener un impacto que ellos estiman en los 4.000.000 euros y que eso iba a provocar pérdidas ; 4) de un riesgo de liquidez y de la existencia de un colchón de 13.000.000 euros; 5) no se incluía estimación de beneficios; 6) de que la inversión podía perderse total o parcialmente, no se aseguraba ninguna rentabilidad y, en todo caso, se informaba de que el pago de dividendos estaba condicionado a que el escenario de pérdidas para 2016 no tuviese lugar y a que no se obtuviesen resultados negativos en los informes trimestrales de 2017; 7) se alertaba del riesgo máximo de inversión; 8) se alertaba sobre la principal fuente de financiación: de 149.000.000 euros de pasivo, de que 122.000.000 euros eran depósitos y, de que de estos, 88.000 millones de euros eran depósitos de clientes. Reitera que el folleto fue supervisado, aprobado y registrado por la CNMV, y que la información financiera que contenía fue revisada por PriceWaterhouseCoopers con opinión favorable sin salvedades, y que correspondía a las autoridades regulatorias valorar la suficiencia de la información facilitada, sin haber apreciado el supervisor que el folleto hubiese incurrido en alguna inexactitud u omisión, por lo que goza de presunción de veracidad, de modo que concluir que el folleto informativo de la ampliación de capital de 2016 no mostraba la imagen fiel de la entidad es





arbitrario, irrazonable e ilógico, por cuanto se pretende con ello enmendar a los supervisores nacionales (CNMV y al Banco de España) y al auditor. La apelante no niega que, desde el folleto de 2016, hubo modificaciones y desviaciones sobre el escenario previsto, pero aduce que, para exigirle responsabilidad debería haberse acreditado que dichas desviaciones no estuviesen justificadas y fuesen de gran entidad, así como que la resolución de la entidad hubiese estado motivada por las circunstancias vinculadas a este déficit informativo; además, en diciembre de 2016, fue dictada Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que preveía la retroactividad total tras la nulidad de la cláusula suelo, lo que conllevó la STS de febrero de 2017 pronunciándose en este sentido, y, tras la entrada en vigor de la Circular 4/2016, la entidad siguió las recomendaciones del Banco Central Europeo de incluir en el perímetro de consolidación un grupo de sociedades dedicadas al negocio inmobiliario, a las que la entidad les tenía concedido créditos, y cuya garantía era una opción de compra sobre la totalidad del capital de sus empresas matrices, lo que se tradujo en la incorporación al perímetro de consolidación de todos sus activos, incluidos los inmobiliarios, que fue preciso deteriorar en un importe de 330 millones de euros (apartado b páginas 19 y 20 de nuestro informe pericial). Nada de ello era previsible a fecha de emisión del folleto, en mayo de 2016, y explica la desviación entre la previsión contenida en el folleto de la ampliación de capital y las pérdidas finalmente reconocidas en las cuentas anuales de 2016. Añade que los desajustes que fueron objeto de corrección en la re-expresión voluntaria de abril de 2017 fueron menores, no tenían impacto material o significativo, de modo que no afectaban a la imagen fiel ni a la decisión de ningún inversor, como han venido a concluir los inspectores del Banco de España en su reciente informe. Además, en contra del dictamen pericial aportado por la demandada, en la sentencia recurrida, no se tiene en consideración en qué consiste una re-expresión voluntaria de cuentas (distinta de una reformulación obligatoria de las cuentas), cuando la diferencia entre una re-expresión voluntaria y una reformulación obligatoria radica en el hecho de si los desajustes advertidos afectan o no a la imagen fiel de la entidad, de tal forma que si no lo hacen, como era el caso de la demandada, podría producirse la re-expresión de forma voluntaria; en este caso, los desajustes detectados y que fueron objeto de corrección fueron tan nimios que, desde una perspectiva jurídico-civil, no alteraban la imagen fiel de la entidad. Alega que el motivo de resolución de la entidad fue una crisis de liquidez, sin que su solvencia pudiera haber influido: nadie cuestiona si era solvente, sino que no fue capaz de solucionar una crisis de liquidez basada en una retirada constante y diaria de más de 2.000.000 euros al día, no debido al rumor difundido en fecha 30 de mayo acerca de una eventual resolución del Banco, como parece inducirse de las conclusiones a las que llega la Sentencia objeto del presente recurso, sino una noticia publicada en el diario "El Confidencial" en fecha 11 de mayo de 2017,

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD0A0IOQ3CISZ4OD3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





que generó desconcierto y pérdida de confianza; no es que la entidad sufriese ese problema de liquidez por arrastrar, de forma encubierta un problema de solvencia. No existe ningún hecho que demuestre que manipuló la información ofrecida a los inversores ni ocultó su verdadera situación económica, como confirmó su perito, en contra de lo dictaminado por el perito de la actora. Además, no puede compararse el escenario de valoración de estos activos por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. con anterioridad a la resolución de la entidad, con el escenario de valoración que hizo BANCO SANTANDER, S.A., a partir de 2017. Cita algunos pronunciamientos a su favor de la jurisprudencia menor, la mayoría de la Audiencia Provincial de Asturias.

Se comparte el criterio aplicado en un caso similar por la Sentencia de la Sección 1ª de esta Audiencia de 20 de julio de 2020, recogiendo otros pronunciamientos de la jurisprudencia menor sobre la cuestión objeto de litigio en contra de lo alegado por la entidad bancaria, en el sentido siguiente:

“TERCERO.- Resolución del recurso. Error en la valoración de la prueba. Adquisición de acciones en la ampliación de capital de 2016.

Ataca la apelante la sentencia de instancia imputando a la misma error en la valoración de la prueba al entender que del informe pericial aportado por la actora no se evidencia que las cuentas anuales de Banco Popular ni el folleto de ampliación de capital de 2016 contuvieran irregularidades, y ello en cuanto las cuentas anuales de Banco Popular constan auditadas por el auditor PricewaterhouseCoopers y supervisadas por la CNMV, sin que existan evidencias técnicas de que el trabajo efectuado por el auditor fuera incorrecto; Banco Popular ha superado los ratios y controles de solvencia, siendo la causa de la resolución una situación de iliquidez, no de insolvencia; los métodos de valoración propuestos por los peritos para las partidas de créditos morosos y activos inmobiliarios son incorrectos e incompletos y la reexpresión de las cuentas en abril de 2017 fue voluntaria y no tuvo un impacto significativo en las cuentas de Banco Popular. Mantiene así la apelante que la entidad reflejó en todo momento la imagen fiel de su patrimonio.

En contra de lo alegado por la apelante, este Tribunal considera correcta la valoración que de la prueba realiza la resolución de instancia, que se da por reproducida, para concluir en la procedencia de la acción de nulidad por error en el consentimiento en la adquisición por los actores de acciones de Banco Popular en la ampliación de capital de 2016, no así en la de 2012.

Centrándonos en la adquisición de acciones realizada por los actores a raíz de la ampliación de capital de 2016, debe recordarse y constituye un hecho notorio que, pocos meses después dicha ampliación, la entidad se encontró en situación de inviabilidad y de hecho fue vendida a Banco de Santander por 1





euro.

A partir de ahí, la mayoría de las Audiencias Provinciales, valorando el folleto de la emisión, así como la información facilitada por la entidad a través de importantes campañas publicitarias, concluyen en que la información ofrecida por la entidad acerca de su real situación económica no era veraz, presentando una situación solvente y motivando con ello que numerosos clientes procedieran a la compra de acciones los que, de haber conocido la real situación de la entidad, con toda probabilidad no habrían adquirido acciones. Y ello viene corroborado por el propio devenir de la entidad que, en menos de un año, como se ha indicado, se encontrara en situación de quiebra.

A este respecto, se ha de señalar, respecto de la adquisición de acciones a raíz de la ampliación de capital del año 2016, que el folleto de la emisión, recogiendo el aspecto económico de la entidad, su situación financiera y su expectativa de futuro en relación a la misma y a la propia ampliación (independientes de la indudable volatilidad de los mercados en relación a la situación económica global y a la confianza desplegada por el equipo directivo de la entidad), era esencial en la consideración de los futuros compradores en relación a una expectativa de ganancia, fundada en la declaración de la entidad sobre su situación financiera.

Y en este sentido, como hace la resolución de instancia, se debe concluir que en el mismo no se reflejaba la situación real de la entidad, ocultando la situación de crisis de la misma como lo acredita el posterior resultado de pérdida de la posición del mercado y su adquisición por 1 euro por parte del Banco Santander SA, de tal modo que es procedente concluir que el déficit de información del folleto ha determinado una pérdida patrimonial de la compradora, imputable a BPE SA que manipuló y ocultó datos contables, permitiendo así la entrada en la entidad de capital primero a través de la ampliación de capital y después, y bajo la vigencia del folleto, su información y sus conclusiones contables y financieras, de otros accionistas minoritarios que no tienen capacidad de examen de otros parámetros que son relevantes en una entidad del tamaño e importancia financiera de BPE SA. Y en este sentido es contundente el informe pericial aportado por la parte actora, como indica la resolución de instancia.

No se trata, como señala la juez a quo, de establecer la responsabilidad de la demandada por una mera pérdida en bolsa puesto que el carácter no complejo de la compra de acciones, la actuación en el mercado secundario, el riesgo del comprador de 6 sobre 6 respecto al producto, y las propias vicisitudes de la economía desvían al propio accionista su responsabilidad en cuanto a la no percepción de dividendos o en cuanto a la pérdida total o parcial del capital, sino de ver si las condiciones que un cliente minorista se encuentra en el mercado, informadas por el propio emisor, le permiten integrar las expectativas de

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





ganancia de una forma cabal y racional, aunque después, como se ha dicho, y por múltiples circunstancias, la expectativa de ganancia no se consolide y el riesgo de pérdida se materialice.

Y en este sentido, como se ha adelantado, este Tribunal no puede sino confirmar la valoración que de la prueba se realiza en la resolución de instancia para concluir en la estimación de la acción ejercitada respecto a la adquisición de acciones realizada en 2016 al haber adquirido los actores con error en el consentimiento provocado por la indebida información ofrecida por Banco Popular.

Como recoge la Sentencia de la Sección 19ª de 18 de octubre de 2019, y tras recordar los hechos acaecidos desde mediados de 2016 hasta la intervención en el devenir de la entidad, y muy especialmente reforzados por la apertura en Octubre de 2018 de expediente sancionador por parte de la CNMV por infracción muy grave en relación a la aportación de cuentas del año 2016, señala "... Estas cuentas derivan directamente de la presentación del estado financiero de la entidad en el folleto emitido en Mayo de 2016 y que tenía por objeto la captación de capital, presentando sin embargo un panorama de dificultades derivadas de la propia crisis económica y especialmente de la inmobiliaria, pero con unas expectativas de pérdidas limitadas o incluso superadas por la captación de capital prevista, obviando sin embargo las gravísimas dificultades que atravesaban y que fueron puestas de manifiesto a través de la comunicación de hechos relevantes de Abril de 2017. El problema era de solvencia y no meramente de liquidez.

Al respecto, la sentencia de 4 de Junio de 2018 de la Audiencia provincial de Valladolid y que a su vez completa la argumentación de la sentencia de 3 de Octubre de 2018 de la Audiencia provincial de Asturias recoge que " 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."

En definitiva, confirman las mencionadas resoluciones, "existió una distorsión de la imagen de la entidad en el folleto del emisor dado que los problemas de solvencia no derivan de la cadena de acontecimientos y pérdida de confianza acaecida en el año 2017 en la entidad, sino que los problemas se arrastraban de años precedentes sin que el folleto expusiera la real situación (pérdidas y ratios) que se empezó a aclarar con la rectificación de la entidad financiera al comunicar el cambio de posición a la CNMV y culminó con la caída de la entidad con la intervención final del BCE y del FROB. Por ello se puede mantener sin necesidad de mayores precisiones la relación de causalidad entre la incorrección flagrante del folleto, la decisión de compra de las acciones con la perspectiva inversora y por fin el daño final con la pérdida, cumpliéndose así los requisitos de los artículos 1.101 y 1.104 del CC determinantes de la obligación de indemnizar".

En esta misma línea son numerosas las Sentencias de Audiencias Provinciales que se han pronunciado, bien para fundamentar la acción de nulidad o la acción indemnizatoria, entre ellas Sentencias de esta Sala en Rollo 858/2018 y Rollo 391/2019, así como las SsAAPP de Álava, Sec. 1ª, 223/19 de 8/3 , 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... Así, el 6 de Junio de 2017 BPE fue prácticamente resuelto, fueron amortizadas sus acciones y vendido a BANCO SANTANDER, S.A. por 1 euro.

Y la AP de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, en su sentencia de 18 de marzo de 2019 , dice al respecto: "la pérdida total de la inversión de los hoy apelantes no acontece como consecuencia de las fluctuaciones habituales de la cotización en Bolsa de las acciones y propias de este producto, que es donde se encuentra el riesgo de éstas que los clientes deben asumir en cuanto son conocidas y de ahí que no revista complejidad, sino que el fracaso total de la operación inversora se produce a causa de un comportamiento anormalmente negativo de las acciones adquiridas e impropio de este producto, propiciado por el importante

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWDA0IOQ3CISZ4OD3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





deterioro financiero del Banco que ya se daba en el momento de la ampliación del capital del año 2.016, precedida la inversión de una información incorrecta sobre la salud financiera de la entidad facilitada por ella misma que llevó a los actores a adquirir las acciones.””

Asimismo, la SAP Madrid, sección 13ª, de 14 de febrero de 2020 señala:

“Las consecuencias que se derivan de la inexactitudes en la información ya fueron examinadas por el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de febrero de 2016 que analizó la salida a Bolsa de Bankia, S.A, y que, salvando las distancias, estimamos que son aplicables a la ampliación de capital del Banco Popular, atendiendo a que se trata de información que ha de facilitarse a los pequeños inversores para que puedan tomar su decisión sobre la compra de las mismas.

En ese mismo sentido, y ya respecto de la operación objeto de la presente litis, se han pronunciado diversas Audiencias Provinciales en sentencias como las de Barcelona, Sección 17ª, de 10 de julio de 2019; Girona, Sección 2ª, de 28 de junio de 2019; Alicante, Sección 5ª, de 13 de junio de 2019; Valencia, de 9 de septiembre de 2019; o Girona, de 30 de octubre de 2019.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de julio de 2019, Sección 3ª, destacaba con argumentos que hacemos propios: “1) la falta de exactitud de las cuentas anuales aprobadas por la entidad que sirvieron de base para elaborar el folleto; 2) falta de claridad y suficiencia de la información suministrada por el emisor en el folleto a la hora de plasmar los objetivos últimos de la ampliación de capital. (...)”

I. Falta de exactitud o corrección de la información suministrada en el folleto.

El apartado 1 del art. 37 TRLMV establece que “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”, añadiendo en su apartado 3 que “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; (...) e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible”.

Es, por tanto, información necesaria y esencial la relativa la “suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y





pérdidas...", lo que nos lleva a preguntarnos si los datos financieros y contables facilitados a los inversores al tiempo de la ampliación eran fidedigna y se ajustaba convenientemente a la realidad económica y financiera de la entidad. Pues bien, sobre esta cuestión adquiere especial relevancia la comunicación a la CNMV que el Consejo de administración realiza el 3 de abril de 2017 (Hecho Relevante que constituye un hecho notorio o de público conocimiento en términos procesales que no precisa de prueba -art. 281.4-) en el que, en base a la información recabada del departamento de auditoría interna, la entidad reconoce "determinadas insuficiencias de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos" -por importe de 160 millones de euros según estimación estadística-, y posible "necesidad de dar de baja algunas garantías asociadas a operaciones de crediticias dudosas" -145 millones de euros-. Según reza el propio comunicado, tales "circunstancias fundamentales" afectarían directamente al patrimonio neto de la entidad en la medida en que "provienen de ejercicios anteriores a 2015".

La lógica pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿Se puede considerar que tales irregularidades contables -por valor de 205 millones de euros- incluidas en las cuentas del 2015, tienen entidad suficiente como para determinar la incorrección o inexactitud del folleto y, por ende, comprometer el consentimiento prestado por los actores? En nuestra opinión la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa por un doble motivo:

En primer lugar, porque la información suministrada en el folleto y las cuentas anuales puestas a disposición de los inversores en el momento de suscribir las acciones, no se ajustaban, como el propio Consejo de administración reconoció a principios de abril de 2017, con la realidad de la situación financiera de la entidad, especialmente en lo que al patrimonio neto se refiere. No parece dudoso que la consecuencia de provisionar tales créditos garantizados por el Banco Popular no fue otro que "llevar a pérdidas" tales activos en el balance, con la evidente variación, no solo del patrimonio neto, sino también de los índices de solvencia, ratios de cobertura, rentabilidad y calidad de activos que se incluyen de forma recurrente en el folleto informativo.

Ahora bien, ¿nos encontramos ante irregularidades contables de relevancia o, al menos, de suficiente trascendencia?(...) Pues bien, es cierto que si atendemos al criterio seguido por la firma de auditoría -PwC- adjuntada a la propia comunicación del Hecho Relevante del 3 de abril de 2017, las mismas "no representan por sí solos, ni en su conjunto, un impacto significativo en las cuentas de la entidad al 31 de diciembre de 2016 ", por lo que aconseja la no reformulación de las cuentas anuales, e introducir correcciones retroactivas en los estados financieros del primer semestre de junio de 2017. Sin embargo, nada o poco tiene que ver el punto de vista de la firma auditora, o el criterio que pueda sostener un departamento de auditoría interna de la entidad de crédito en





relación con la necesidad de reformular las cuentas, con la obligación que asiste a la entidad emisora de suministrar información veraz, precisa y suficiente sobre sus estados financieros, algo que parece difícil de sostener a la vista de las graves irregularidades contables puestas de manifiesto en el hecho relevante comentado.

En este sentido, nos parece interesante resaltar que, si bien las incorrecciones no merecieron, a juicio de la empresa auditora y del propio consejo de administración, la necesidad de reformular las cuentas, no es menos cierto que presentaban entidad suficiente como para que el consejo de administración decidiese comunicar de forma inmediata a la CNMV, con lo que ello suponía frente a sus inversores, la opinión pública y el riesgo cierto de generar una aún mayor volatilidad en los mercados cotizados. Y es precisamente este aspecto -la necesidad de comunicar a la CNMV- la que nos lleva a concluir que las irregularidades contables detectadas por el consejo sí que eran relevantes para el mercado cotizado, pues en caso contrario no hubieran trascendido en la forma en que se hizo y en la medida en que hacían referencia a inexactitudes contables presentes ya en las cuentas del ejercicio 2015 y en los estados financieros trimestrales conocidos inmediatamente antes de la ampliación de capital, presentaban una importancia capital para cualquier inversor que se estaban planteando en aquel momento suscribir nuevas acciones".

En definitiva, el razonamiento es sencillo: si tales irregularidades contables eran lo suficientemente graves para como para ser puestas en conocimiento inmediato de la CNMV -antes incluso de ser corregidas en sus estados financieros del primer semestre del 2017-, con mayor razón le era exigible a la entidad haber presentado su situación financiera en mayo de 2016 libre de tales irregularidades en el momento de emitir las nuevas acciones.

En segundo lugar, no se puede ignorar que la comunicación de este "hecho relevante" en abril de 2017 fue una de las causas que provocó la retirada masiva de depósitos por parte de los clientes de la entidad. Se sostiene por la parte apelante que el motivo por el que la Comisión Rectora del FROB adoptó la Resolución de fecha 7 de junio de 2017, por la que se acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución (JUR), fue la salida masiva de depósitos acaecida desde abril de 2017, lo que generó una súbita iliquidez del banco, y no la supuesta incorrección de la información financiera mencionada. No le falta razón a la parte apelante, pues parece razonable pensar que, si no se hubiera producido la fuga de depósitos en los meses de abril/mayo y principios de junio, el JUR no hubiera actuado de la manera que lo hizo.

Ahora bien, el hecho de que se comunicara la incorrección de las cuentas por un importe superior a los 200 millones de euros, y que tales irregularidades

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD0A0IOQ3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





trajeran causa en ciertas "operaciones crediticias dudosas" no provisionadas desde antes de 2015, no parece que hubiera contribuido a frenar las salidas ingentes de depósitos, por lo que no parece tan acertado desvincular las incorrecciones contables graves (al menos lo suficientemente graves -como decíamos- para justificar su comunicación a la CNMV) con la resolución promovida por la JUR. Por otro lado, el que la fuga de depósitos comenzara a las pocas semanas de la comunicación de este "hecho relevante" contribuye a dotar de mayor "relevancia" si cabe a las irregularidades contables silenciadas por la entidad en sus cuentas e información disponible a fecha de la ampliación, y su posterior impacto en el fatal desenlace adoptado por la Junta Única de Resolución.

A todo lo anterior debemos añadir intangibles tales como la credibilidad de la propia entidad, sus estados financieros y de la propia auditoría a la que fue sometida la misma. La firma de PwC realizó un análisis puramente cuantitativo para concluir la "importancia relativa" de las incorrecciones, pero a nadie se le escapa que tales desajustes contables -no detectados por la auditoría- generaron una importante incertidumbre en las cuentas de la entidad, lo que sin duda contribuyó a la brusca pérdida de liquidez de la entidad en los meses posteriores.

En apoyo de lo anterior nos encontramos con el más reciente informe de la CNMV de 23 de mayo de 2018 (igualmente, un hecho notorio o de público conocimiento), en el que el organismo detectó importantes irregularidades en las cuentas anuales de la entidad en el ejercicio 2016, proponiendo a su Comité Ejecutivo el inicio de un expediente sancionador a Banco Popular y a las personas que se relacionan en el apartado X, por haber suministrado "en el informe financiero anual consolidado del ejercicio 2016 datos inexactos o no veraces o con información engañosa o que omite aspectos relevantes", con base en los ajustes que finalmente fueron determinados y puestos de manifiesto por el Banco en la ya citada comunicación de su Hecho Relevante de 3 de abril de 2017. (...)

II. Falta de una información completa, exhaustiva y suficiente en el Folleto informativo de la ampliación de capital.

No menos importante, a nuestro juicio, se encuentra el segundo de los motivos que nos permiten concluir que la información puesta a disposición por la entidad emisora a los inversores, a través del folleto, no era completa o suficiente. En este caso, no apreciamos irregularidad o inexactitud de la información, ni siquiera su omisión, sino que la entregada no era suficiente o, mejor dicho, no gozaba de un tratamiento adecuado, especialmente en lo relativo a los objetivos de la emisión.

En concreto, de la atenta lectura del folleto informativo nos llama poderosamente la atención la irrelevancia que se concede a las incertidumbres y





riesgos que, paradójicamente, sí que ocupaban un papel central en el "Hecho Relevante" comunicado a la CNMV el 26.5.2016 (hecho notorio) con ocasión de la aprobación por el Consejo de Administración y la Junta de accionistas de la ampliación de capital. (...)

En concreto, el comunicado expone como finalidad concreta de la ampliación su necesidad de gozar de un "mayor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad que se materialicen determinados determinadas incertidumbres que puedan afectar significativamente a las previsiones contables", pasando a continuación a señalar que si se "materializasen total o parcialmente tales 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 de 12 puntos porcentuales hasta el 50%. La consecuencia inmediata de que se materialicen tales "incertidumbres" sería la previsible generación de pérdidas contables en el ejercicio, las cuales quedarían cubiertas con el aumento de capital y con la lógica suspensión del reparto de dividendos.

Pues bien, antes apuntábamos que el Folleto sí que menciona estas incertidumbres, aunque con un tratamiento meramente tangencial, insuficiente y con absoluta falta de rigor. En particular, en el apartado 2 correspondiente a la "aceleración de la normalización de la actividad", se menciona la necesidad de "aceleración de la reducción de activos improductivos" (pág. 17), básicamente, el negocio inmobiliario. El Folleto pone en valor la estrategia seguida desde el año 2015 indicando que la misma "ha dado sus frutos" y que tales activos improductivos "han caído drásticamente ya en el año 2015", presentado las buenas expectativas del sector para el futuro (págs. 19 a 21) para, finalmente, en la página 23 del Folleto señalar que "adicionalmente, Popular reforzará su ratio de cobertura acelerando la estrategia de reducción de activos improductivos", incluyendo un gráfico sobre la ratio de cobertura de estos "activos improductivos" (de los que, se dice, el 87% se trata de activos hipotecarios o inmuebles directamente), en el que se da por hecho que el mismo pasará del 38% del primer trimestre del 2016 al 50% en el cuarto del mismo año, todo ello a pesar de que la leyenda que se incluye en el recuadro inferior, en negrita y enmarcado, advierte de que "ciertas incertidumbres podrían dar lugar a provisiones durante el 2016 de hasta 4.700 millones de euros ...".

Nada se añade al respecto. No se explican a qué tipo de "incertidumbres" se está enfrentando la entidad y que pueden afectar tan decisivamente el balance y patrimonio neto de la entidad. Tampoco se aclara si estas provisiones traen causa de "requerimientos regulatorios futuros", o si las incertidumbres tienen relación con el mercado inmobiliario en general, o bien riesgos propios de la entidad como los que se pusieron de relieve por el departamento de auditoría

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





interna al consejo y que este comunicó a la CNMV en la célebre comunicación del 3 de abril de 2017. (...)

Lo anterior nos permite inferir que la entidad emisora no fue del todo clara a la hora de plasmar en el Folleto los fines últimos que perseguía con la ampliación. (...)

Así las cosas, retomando las exigencias del folleto incluidas en apartado 3 del art. 37 del TRLSC, resulta que en el presente caso la entidad no presentó con claridad los motivos de la oferta y el destino de los ingresos, no facilitando esta información de forma fácilmente analizable y comprensible por los inversores, pues se utilizan términos abstractos y genéricos, sin precisar cuáles eran esos riesgos e incertidumbres que podrían llegar a generar provisiones por el importe que se menciona. Además, con independencia de que la información era insuficiente y que se privó a los inversores de elementos esenciales de juicio para decidir acudir a la ampliación, tampoco el tratamiento residual que se otorga en el folleto a esta información esencial permitió que los inversores pudieran analizar y comprender convenientemente los verdaderos riesgos que estaban asumiendo con la operación."

Todo ello hace que a nuestro entender no resulte forzado, ni sea exagerado, ni exorbitado, ni contrario a la prueba, la determinación de que a la ampliación del año 2.016 el Banco Popular no reflejaba con exactitud su realidad financiera, como señaló también la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia de 24 de junio de 2019.

Frente al cúmulo de datos y argumentos recogidos en las resoluciones citadas, la parte apelante pretende sostener que los hechos se han fijado de manera arbitraria y que no se ha valorado correctamente la prueba en relación al informe pericial. Sin embargo, de todo lo expuesto se desprende la conclusión clara de que se dio una información inexacta e interesada en el momento de la emisión. En definitiva, la información facilitada nunca reflejó fielmente la situación de la sociedad.

Esta Audiencia Provincial ya ha tenido ocasión de manifestarse en idénticos términos en supuestos análogos, como en la sentencia de la Sección 20ª de 6 de noviembre de 2019 que argumentaba que la parte demandante "carecía de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que eran del todo relevantes para tomar la decisión inversora que las contenidas en la "Nota sobre las Acciones" o folleto informativo de la emisión, difundida por la CMNV el 26 de mayo de 2016, en la que se hacía constar que la ampliación de capital tenía por objeto fundamental fortalecer el balance del Banco y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos, y que con los recursos obtenidos, el Banco dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se





materialicen determinadas incertidumbres que para el caso de que se materializasen parcial o totalmente ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en el ejercicio 2016, que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Añadiendo que el Banco 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, lo cierto es que la demandante cuando adquirió las acciones ignoraba que invertía en una entidad con más pérdidas de las conocidas, y buena prueba de ello es que el día 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, iniciándose un período de deterioro continuado que culminó el día 7 de junio de 2017 en el que 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) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano". Dicho deterioro no puede atribuirse, como pretende la parte recurrente, a una retirada masiva de fondos de los clientes del Banco durante los días previos a la resolución. Esta retirada es la consecuencia de un deterioro que era de público conocimiento. Ninguna de las partes ha aportado a los autos dictámenes periciales o pruebas técnicas, pero ello no puede favorecer a la mercantil recurrente que tiene los medios y disponibilidad para aportarla frente a la demandante que carece de ello".

Los anteriores razonamientos resultan también aquí aplicables, de modo que el motivo se desestima.

CUARTO.- En cuanto a la no concurrencia de los requisitos para estimar la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, aduce la apelante que, en especial, la parte actora, a quien incumbía hacerlo, no ha probado ese error o vicio en el consentimiento, mientras que sí ha sido probado que la entidad bancaria no manipuló, ni falseó sus estados financieros de modo que sus cuentas anuales mostraron en todo momento la imagen fiel del banco, y que nunca fue ni ha sido insolvente, sin haber generado una situación patrimonial irreal, fundamento del pretendido error de la cliente.





Aparte de dar por reproducidos argumentos a los que ya se ha hecho alusión en el anterior motivo de recurso, se trae a colación aquí lo que señala la SAP Madrid, sección 9ª, de 8 de junio de 2020:

"CUARTO.- Sentado lo anterior es de precisar que aunque las acciones constituyan un producto catalogado por la CNMV como "no complejo", en cuanto cotizan en mercados regulados, es fácil conocer su valor y hacerlo efectivo en cualquier momento y, en puridad, ha de existir información pública, completa y comprensible para el inversor minorista sobre las características del producto. Puede afirmarse que es notorio el riesgo que presenta este tipo de producto, habida cuenta su volatilidad, y como resultado de la prueba practicada se ha de concluir que Banco Popular no cumplió la obligación que legalmente le viene impuesta de informar al inversor sobre el riesgo que asumía acudiendo a la ampliación de capital.

Como ha recordado nuestra jurisprudencia, es evidente que, como norma general, en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una "acción" de una sociedad anónima, su riesgo y el modo de fluctuar su valor -volátil a tenor del precio fijado por el propio mercado-, pero fácilmente accesible; pero todo ello no impide que la información del Folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública sea un dato fáctico transcendental y deba reunir los requisitos de veracidad y cumplida información al posible inversor sobre la realidad económica de la entidad, lo que de por sí supone una información a priori sobre el posible o eventual riesgo que la suscripción puede implicar. Que el proceso de salida a emisión y suscripción pública de nuevas acciones esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público (CNMV), en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el Folleto sean veraces y correctos. El mentado organismo supervisa que se aporta la documentación e información exigida para dicha oferta pública, pero en modo alguno controla la veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, conforme determina el artículo 238 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores , aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Así, el Folleto de la OPS presentaba al banco como una entidad solvente, que obtenía beneficios (...)

Aunque ese documento aludía a ciertas "incertidumbres" y "riesgos", enumerando unos y otros, no los traducía en una realidad peligrosa potencialmente para la solvencia del banco, sino que transmitía confianza a los posibles inversores afirmando que "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestros ratios de





capital".

No es admisible que, divulgándose un Folleto informativo con unos datos esenciales sobre la situación financiera y riesgos de la emisora, se imponga al inversor la labor de investigación o comprobación de tales datos como premisa para posteriormente decidir si se invierte o no. Resulta, en este sentido, esencial, que la información económico-financiera que proporciona la emisora sea real y verdadera, de manera que el hecho de que la imagen económica y solvencia real no fuese la informada en el Folleto resulta especialmente relevante desde la óptica del error como vicio en el consentimiento. Estando en contratos de inversión y en concreto de suscripción de acciones de las sociedades anónimas, donde el beneficio que se espera o desea obtener, por norma general, es el rendimiento o dividendo, resulta obvio que no es ajeno a dicho deseo o causa el que tal sociedad emisora obtenga beneficios (que motivan tal rendimiento) o, por el contrario, esté en pérdidas que excluyen el mismo.

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

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

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

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





En el sentido expuesto, la parte demandada (y apelante) no ofrece prueba alguna de que, a través de Folleto OPS, el demandante recibiera toda la información necesaria y veraz acerca de la verdadera situación por la que atravesaba Banco Popular y ni siquiera sobre su evolución posterior a la ampliación de capital, de manera que el inversor permaneció ajeno al conocimiento de los problemas financieros de la entidad.

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

Como señala la STS nº 23/2016, de 3 de febrero, en relación con la adquisición de acciones de Bankia, SA, consideraciones que podemos aplicar al caso presente por su identidad de razón:

"el folleto informativo [...] 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 [...]"

"si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta [...] por su patente situación de falta de solvencia, es claro que la Audiencia anuda dicho déficit informativo a la prestación errónea del consentimiento, en los términos expuestos, sin necesidad de que utilicen expresamente los vocablos nexos causal u otros similares. Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco [...] se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas".

(...)

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

(...)

No obstante lo anterior, en la nota de prensa de 3.2.2017 se anuncia ya una pérdida contable de 3.485 millones; sin embargo, acto seguido se explica que queda "cubierta con el importe obtenido con la ampliación de capital y con su exceso de capital" y que "la solvencia se mantiene muy por encima de los





mínimos regulatorios", afirmándose que Banco Popular cuenta con capacidad de generación de capital. Y en el informe de los resultados del cuarto trimestre de 2016 vuelve a anunciar en los datos de solvencia un "amplio margen sobre el nivel regulatorio de SREP".

Sólo dos meses después (3 de abril de 2017) se publica como hecho relevante la insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016, cifrando en un importe de 123 millones de euros la posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos, siendo la cartera de dudosos de 145 millones de euros y refiriéndose a otros ajustes de auditoría que impactaban en los resultados de 2016.

Y días después (10 de abril de 2017) se aprueban las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317.508, 86 euros y el resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros, formulándose una "reexpresión de cuentas" del ejercicio 2016 con un incremento de las pérdidas, que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

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

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

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

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

Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD00IOQ3CISZ40D3YT7Q41J

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;

Data i hora 18/09/2020 19:31





a Banco Santander, recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones 1 euro.

En definitiva, lo que se deduce de lo expuesto es que la situación financiera de la entidad y la solvencia de la misma ya estaban profundamente deterioradas cuando se acudió a la ampliación de capital que nos ocupa. Y que el inversor no fue adecuadamente informado de ello a través del folleto de la OPS, pues lo que se deducía de la información financiera que soportaba dicho folleto, así como de la publicidad que se dio a la OPS, era una evolución positiva en términos favorables a los inversores.

Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto de que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias, que determinan su inviabilidad a los pocos meses de la ampliación de capital.

Siendo la suscripción de nuevas acciones un contrato de inversión, prima la obtención de rendimiento (dividendos), de manera que la comunicación pública de unos beneficios millonarios resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

SEXTO.- Sentado lo cual los motivos esgrimidos en el recurso, referidos a no estar acreditadas irregularidades contables en la información financiera acompañada al folleto de la OPS de la ampliación de capital de junio 2016, como a la presunción de validez de los estados financieros del banco, como a la discrepancia entre las pérdidas estimadas en la nota sobre acciones y las registradas en la cuentas del ejercicio 2016 -e irrelevancia del resultado registrado en el primer trimestre de 2017-, como también los referidos a la "resolución del banco" y a tratarse de supuesto distinto al de las acciones de Bankia, son de pleno rechazo.

Así, respecto a la falta de constancia de irregularidades contables en el folleto, es de precisar que lo que se enjuicia en el presente pleito es si concurrió vicio de consentimiento en el actor al adquirir las acciones en la ampliación de 2016 - junio de 2016-, habiendo quedado demostrado el error padecido en la formación de voluntad del demandante con los hechos relatados en la presente resolución, careciendo de la relevancia pretendida el que el banco ya no estuviese en funcionamiento el 7.6.2017, lo que -según se dice- afectaría al precio de venta de activos, pues lo que se aprecia es el concurso del vicio o del consentimiento al momento de adquirir las acciones .

Habiendo quedado ya tratado el tema de la carga de la prueba de la





Codi Segur de Verificació: HL8YMKQEWD010Q3CISZ40D3YT7Q41J	Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html
Signat per del Valle Garcia, Marta Dolores;	Data i hora 18/09/2020 19:31

prueba (FD cuarto) y siendo de pleno rechazo los alegatos referidos a que la desviación de resultado a 31.12. 2016 se debiese a hechos posteriores a la emisión del folleto tal y como se revela en los hechos contenidos en el FD tercero de la presente, de los cuales , como de los restantes fundamentos de la presente, cabe concluir, en contra de lo invocado en el recurso, que la fuga de depósitos tuvo su causa en tal defecto informativo sobre el estado del banco, aconteciendo aquella muchos meses después de la adquisición de acciones.

Igual rechazo procede respecto a la aplicación de una sentencia del TS -referida a Bankia- al caso de autos cuando ello se ha efectuado a los meros efectos de reproducir las consideraciones vertidas por el TS sobre la importancia del folleto informativo en orden a la formación de consentimiento en la adquisición de acciones, lo cual es de plena aplicación al caso de autos sin perjuicio de las diferencias que pudiesen existir entre el supuesto allí enjuiciado y este.

Es de recordar que las acciones como producto de inversión no son un producto complejo, por ello lo decisivo no es si se conocía el producto de inversión y sus riesgos (como se ha dicho, la volatilidad del precio de las acciones es un conocimiento al alcance de cualquier inversor), sino la circunstancia específica de si el folleto de la emisión reflejaba o no la verdadera situación financiera y patrimonial de Banco Popular, y esto no depende de los conocimientos financieros o inversores generales de quien compra las acciones.

Por ello la sentencia de instancia aprecia de forma ajustada a derecho el concurso de vicio en el consentimiento en el demandante al adquirir las acciones en la citada ampliación de capital de 2016.

Declara la STS de 21 de noviembre de 2012, Recurso nº 1729/2010 :

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre mucha. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

La citada STS nº 23/2016 recuerda la jurisprudencia consolidada sobre el error como causa de anulación de los contratos, señalando:

"Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo





padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular".

El error padecido ha de recaer, como así sucedió en el caso presente, "sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato"; fue "esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración"; y excusable, en cuanto que no pudo ser evitado con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes (Ss. TS de 20 de enero de 2014 - recurso número 879/2012-, de 7 de julio de 2014 - recursos 892/2012 y 1520/2012 -, 8 de julio de 2014 - recurso 1256/2012 - y 26 de febrero de 2015 - recurso número 1548/2011 -, entre otras muchas).

Existió por parte del comprador de acciones error excusable sobre los elementos esenciales al estar basada su decisión de compra en una situación de apariencia de solvencia que no era tal, que le hizo representarse unas expectativas de ganancias que no se correspondían con la situación real de la entidad emisora de las acciones, hasta el punto de que fue la situación financiera real de la entidad la que motivó la pérdida total de la inversión tan solo doce meses después.

Ello conlleva la procedencia de anular el contrato por la concurrencia de error en el consentimiento del actor (artículos 1266 y 1300 del Código civil), con las consecuencias restitutorias previstas en el artículo 1303 del mismo cuerpo legal , como acordó la sentencia apelada....".

En definitiva y como conclusión, de los hechos que tienen lugar en el ejercicio 2016 resulta 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. Las pérdidas en dicho ejercicio desmienten que la información el él contenida fuese reflejo fiel de la realidad financiera de la entidad, lo que lleva a apreciar error excusable del inversor sobre los elementos esenciales del contrato, que efectuó la compra fiado de una apariencia de solvencia que no era real, lo que da lugar a que prospere su acción de nulidad."

En apoyo de todo lo expuesto, la SAP Barcelona, sección 17ª, de 18 de julio de 2019 señala: "(...) éste 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 ."

Concurren también en este caso los requisitos para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento padecido por la Sra. Mateu Martínez, y para acoger la acción de nulidad, puesto que no queda acreditado por la demandada que la citada adquirente, a través de la documentación que le fue facilitada –no ha sido propuesta por la demandada prueba alguna testifical relativa a una eventual información complementaria por parte del/los empleado/s del Banco, como tampoco el interrogatorio de la actora, pese a que alegó en la contestación que hubo también sesiones informativas que se sucedieron con ocasión de la contratación y con carácter previo a la misma -, recibiera información acerca de la verdadera situación por la que atravesaba la entidad emisora de las acciones, de manera que la cliente incurrió en el error esencial y excusable previsto por el art.1266 CC ("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 (...)", al adquirirlas en la confianza de una apariencia de solvencia de la entidad al tiempo de la adquisición de los títulos, que los hechos posteriores han puesto de manifiesto no se correspondía con la realidad. No se trata, pues, de que invirtiera en acciones y de que el resultado de su inversión le fuese luego adverso –algo que la adquirente de los títulos se podía representar como posible, por ser inherente a la naturaleza de los títulos y de conocimiento general-, sino de que la premisa de la que partía para tomar su decisión de invertir en acciones de la demandada no se ajustaba a la realidad, lo que hace explicable el desarrollo posterior de los acontecimientos. Como se señala en la sentencia recurrida, la imagen que transmitía la entidad no era la de su inminente iliquidez o insolvencia. Y, desde luego, no consta la adquirente pudiese





acceder a mayor información que la que le fue facilitada documentalmente, información documental que, por lo demás, era común a todos los adquirentes de los títulos en cuestión, lo que ha dado lugar a múltiples resoluciones judiciales en el sentido de acoger la acción de nulidad basada en el error.

Por todo ello, sin que sea preciso examinar el motivo relativo a la no concurrencia de los requisitos para estimar la acción de responsabilidad civil derivada del folleto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

QUINTO.- Por imperativo del art.398 LEC, las costas de la segunda instancia son impuestas a la parte apelante, al haber sido desestimadas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER, S.A. contra la sentencia dictada en fecha 7 de Noviembre de 2019 por la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona, debo CONFIRMAR Y CONFIRMO dicha resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de este recurso.

Se declara la pérdida del depósito constituido por la recurrente, al que se dará el destino legal procedente.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Notifíquese la presente sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por ésta mi sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de





asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

*En aplicación del Real Decreto-ley 16/2020 y de la Orden JUS/394/2020, dictados con motivo de la situación sobrevenida con motivo del **COVID-19**, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización:*

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.
- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.

