



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 56 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914930860

Fax: 914930861

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0052086

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [REDACTED]

Materia: Derecho mercantil

negociado 1-5

Demandante: [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. PEDRO MORATAL SENDRA

Demandado: BANCO DE SANTANDER, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA SOLEDAD GALLO SALIENT

SENTENCIA Nº 296/2021

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARIA GAVILAN RUBIO

Lugar: Madrid

Fecha: veinte de julio de dos mil veintiuno

Doña María Gavilán Rubio, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 56; habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número [REDACTED] a instancia de la [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] actuando en interés de su asociado [REDACTED] [REDACTED] representado por el Procurador Don Pedro Moratal Sendra y bajo la dirección letrada de Don Óscar Serrano Castells, contra la mercantil BANCO POPULAR S.A., hoy BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora Doña Sol Gallo Sallet y bajo la dirección letrada de Doña [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- DEMANDA

Por la representación procesal de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil BANCO SANTANDER S.A en la que, y previa alegación de los





hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte y en concreto:

- Con carácter principal que se declare la nulidad del contrato de compra de acciones de 7 de mayo de 2017 de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A al que se refiere la demanda, dejándola ineficaz desde su fecha, con condena a la demandada a la devolución de la cantidad al demandante, 200.055,28 euros ; con pago de intereses y moratorios (previa compensación de los recibidos), y restitución por parte de la actora de las acciones en los términos previstos en el cuerpo de este escrito de la demanda.
- Con carácter subsidiario a la anterior, que se declare que BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A (Ahora Banco Santander S.A) ha incumplido las obligaciones de diligencia, lealtad e información y la normativa bursatil, y se condene a indemnizar los daños y perjuicios causados, que se concretan en la devolución de las cantidades perdidas de la inversión efectuada en acciones minorando los dividendos cobrados
- En todo caso al pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

SEGUNDO.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Admitida a trámite la demanda como juicio ordinario y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y en concreto alega la excepción procesal de falta de legitimación activa de [REDACTED] prejudicialidad penal, así como la inexistencia de vicios en el consentimiento si no un cambio en sus expectativas al cambio de la situación de





coyuntura económica. La actora adquirió las acciones en el mercado secundario a través de otra entidad ajena a la demandada, por lo que entiende así mismo que existe falta de legitimación pasiva de la demandada.

TERCERO.- AUDIENCIA PREVIA Y JUICIO

Con fecha 20 de JULIO de 2019 se celebró la audiencia previa. Ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, contestando la actora a la excepción procesal planteada.. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la correspondiente grabación audiovisual, consistente en la declaración de los dos peritos de parte (uno de cada parte).

La vista se celebró el 10 de febrero de 2021, practicándose el interrogatorio de parte y la prueba pericial con declaración de los peritos de ambas partes, quedando tras lo cual los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- EXCEPCIONES PROCESALES

Se interponen por la demandada dos excepciones procesales: la falta de legitimación activa de [REDACTED] al exceder la demanda del ámbito de protección al consumo, y la falta de legitimación pasiva de Banco Santander al haber adquirido la actora las acciones en el mercado secundario a través de otra entidad (en este caso la hoy demandada banco Santander.

Respecto a la falta de legitimación activa, Para resolver la cuestión hemos de seguir el criterio de la Audiencia Provincial de Cantabria que en Sentencia de 3 de febrero de 2017, de la Sec. 2, y Sentencia de 21 de febrero de 2017 de la Sec. 4, han considerado que una asociación como la demandante si tiene legitimación para la defensa de los intereses individuales de sus asociados.





Es aplicable el art. 11.1 LEC que dispone que *" sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituida 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 "*.

Dice la Audiencia que la interpretación de tal precepto no puede soslayar que en esta materia es obligado el favorecimiento de la defensa de los intereses de los consumidores en cumplimiento del mandato contenido en el art. 51CE que dispone que *" los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos "*. Por ello *"no cabe un visión reductora que no se encuentra además en la literalidad de la norma, que distingue claramente entre los intereses generales de los consumidores y usuarios y los de los asociados y los de las asociaciones; el argumento se refuerza con lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que en su art. 37, c) incluye entre los derechos de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas el de " 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."*. Además así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de Octubre de 2007 al decir que *" este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FFJJ 4 y 5; y 219/2005, de 12 de septiembre , FFJJ 2 y 3)."*. La





Audiencia en su Sentencia de 21 de febrero de 2017, citando la STS de 16 de enero de 2017, entiende que la condición de consumidor se tiene incluso en el caso de que se trate de operaciones lucrativas, siempre que no se trate de unos profesionales de la inversión.

La SAP Cantabria de 3 de febrero de 2018 entiende que no puede oponerse como contradictorio lo dispuesto en el art. 7.3 LOPJ al decir que "*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*", pues, de una parte, la LOPJ no es de mayor rango que la LEC, pues entre las leyes orgánicas y ordinarias la relación no es jerarquía y esta es una materia en la que no hay una reserva de ley orgánica, por lo que debe entenderse que la LEC, posterior a la primera, ha ampliado la legitimación prevista en la LOPJ únicamente para los intereses colectivos.

Rechaza además la consideración de que la admisión de una legitimación así supone un fraude de ley en busca de una gratuidad del proceso -dado el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores-, que el asociado no tendría de otro modo porque la extensión de dicho beneficio es cuestión que no afecta a la legitimación, y puede ser definida por el legislador como tenga por conveniente.

En consecuencia, los mismos argumentos aplicados al caso concreto que nos ocupa, lleva a desestimar la excepción de falta de legitimación activa de la asociación demandante.

Respecto a la falta de legitimación pasiva de banco Santander por haber adquirido las acciones de Banco Popular en el Mercado Secundario, señalar que independientemente de la entidad que comercializó las acciones, o que se haya limitado a ser un mero intermediario, el defecto grave producido es el del **folleto informativo** y por tanto no puede decirse que la falta de comercialización del





producto litigioso permita a la entidad excluir su legitimación pasiva en el presente caso.

La mera desinformación del comprador afectaría tanto a las acciones adquiridas a través de la oferta pública de suscripción como a las adquiridas en el **mercado secundario**. Es decir, que las acciones fueran adquiridas a través de una tercera entidad bancaria (Banco Santander), no afecta a la esencia de la acción ejercitada fundamentada en el error en el consentimiento producido en la adquisición, dirigiendo su reclamación el actor frente a la titular de las acciones que precisamente provocó con su actuación el vicio del consentimiento.

Por tanto, dicha excepción ha de ser también desestimada.

PRIMERO.- POSICIONES DE LAS PARTES

La actora ejercita frente a Banco Popular S.A (hoy Banco Santander S.A) acción de nulidad de compra de títulos de acciones Banco Popular S.A que comprende la orden materializada el 7 de mayo de 2017 con la compra de 265.000 títulos ascendiendo el desembolso total a 200.055,28 euros, por error del consentimiento creado por la información ofrecida por la entidad respecto a su situación financiera que resultaría no veraz.

Fundamenta la parte actora su pretensión en el error que le provocó la entidad demandada alegando que la oferta de las acciones no se reflejaba la situación real de la compañía y que se transmitía una solvencia que no solo no lo era tal, sino que era la antítesis de la ofrecida, información que conduciría a los demandantes a adquirir unas acciones en la oferta de ampliación de capital, que de otro modo no hubieran adquirido.

Banco Popular centra su oposición en que la información ofrecida si se ajustaba a la situación financiera real de la entidad y que lo que sucedería posteriormente se debió únicamente a la falta de liquidez por la masiva retirada de depósitos y fondos.





Los actores ejercitan con carácter principal la nulidad del contrato de adquisición de acciones. La sentencia del Pleno de la Sala de lo civil del Tribunal supremo de 3 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación 1190/2015, admite que pueda existir nulidad por vicio en el consentimiento al concurrir un error en la solvencia de la entidad de la que se adquieren acciones, en función de la información suministrada por la entidad, entre ella en el folleto de emisión de acciones. La sentencia aprecia los elementos del error excusable, daño y nexo de causalidad, al señalar que : “ 1.- La Jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el art. 1266 del Código Civil, ha declarado que para que el error invalide el 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 hubieren 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.

Esta doctrina jurisprudencial es acorde con lo previsto por los Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL) cuyo art. 4:103 establece que “Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error y, b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias”





A la vista la documental que acompaña la demanda se infiere que el demandante, bien por efecto de la amplia publicidad que se dio a la ampliación de capital, o bien por la iniciación de los empleados de la entidad a la adquisición de fondos, firmó el día 7 de mayo de 2017 en su sucursal la orden de compra de derechos y suscripción de los títulos.

Se establece así como núcleo de esta Litis la determinación de si la información que se facilitó en el momento de la ampliación de capital representaba una imagen fiel de la entidad.

Según los criterios establecidos en la Directiva 2006/73/CE (que introdujo el art. 79 bis de la LMV), la complejidad de un instrumento financiero vendrá determinada por dos elementos: por un lado, el mayor o menor riesgo de liquidación del instrumento (posibilidad de una liquidación rápida y del registro de pérdidas que excedan del principal de la inversión con dicha liquidación); por otro lado, la mayor o menor dificultad de comprensión del comportamiento financiero del instrumento (básicamente, la rentabilidad, valoración y liquidación de la inversión).

Atendiendo a estos parámetros, el producto adquirido por la demandante no puede ser catalogado como complejo, por lo que su nivel de protección es diverso a si el instrumento tuviera tal condición, lo que, sin embargo, no es obstáculo para la aplicación de disposiciones del art. 79 bis de la Refundida Ley del Mercado de Valores (art. 209 del Texto refundido de 2015), según el cual: “1. Las entidades que presten servicios y actividades de inversión deberán mantener en todo momento adecuadamente informados a sus clientes, de conformidad con lo dispuesto en esta ley, sus disposiciones de desarrollo y el Reglamento Delegado (UE) 2017/565, de la Comisión de 25 de abril de 2016.





2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará con suficiente antelación información conveniente con respecto a la empresa de servicios y actividades de inversión, los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas, los centros de ejecución de órdenes y todos los costes y gastos asociados.

4. Reglamentariamente se desarrollará lo previsto en este artículo y, en especial, el contenido de la información a proporcionar a los clientes.”

Lo que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto en el momento de declarar como durante la vigencia del contrato, es una cuestión que ha sido objeto de detenido estudio por parte de la Jurisprudencia menor en fechas recientes por la problemática que se ha venido planteando en relación con los productos bancarios. En este sentido, como precisa la SAP Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2011, con cita de la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria, es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es tanto lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él, el cliente bancario principalmente, a través de la información precontractual en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. En todo caso, esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación, tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, si no al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto pata la celebración de





contratos más simples como la apertura de una cuenta, como a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretenden rentabilizar los ahorros.

Debe señalarse, además, respecto a la suficiencia y claridad de la información, que debe facilitar la entidad de crédito, que es ésta la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (Sentencia de 4 de diciembre de 2010 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos), y que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera no es la de un buen padre (o madre) de familia, si no la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (Sentencia de 16 de diciembre de 2010 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias), lo que coloca a la entidad demandada en una posición similar a la de un comisionista mercantil con todas las consecuencias inherentes a la misma. En la sentencia de la audiencia Provincial de Baleares de 21 de marzo de 2011 se destaca que “las entidades financieras son las que diseñan los productos y las que ofrecen a sus clientes, por ello deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a colocar en una situación de riesgo no deseada”.

La legislación aplicable en este caso está orientada a garantizar que los clientes dispongan de un conocimiento real y certero de la verdadera situación y perspectiva futura de emisor antes de suscribir las acciones. Así se desprende del art. 26 de la Ley del Mercado de Valores de 1988 (art. 36 del Texto Refundido de 2015) en tanto que indica que “1. La admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial no requerirá autorización administrativa previa. No obstante, estará sujeta al cumplimiento previo de los requisitos siguientes:





a) La aportación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los documentos que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable.

b) La aportación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los estados financieros del emisor preparados y auditados de acuerdo con la legislación aplicable a dicho emisor. Reglamentariamente se determinará el número de ejercicios que deben comprender los estados financieros.

c) La aportación, aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de un folleto informativo, así como su publicación.

2. Cuando se trate de valores no participativos emitidos por el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, no será necesario el cumplimiento de los requisitos anteriores. No obstante, estos emisores podrán elaborar el folleto informativo de acuerdo con lo previsto en este capítulo. Este folleto tendrá validez transfronteriza de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.

3. Adicionalmente, el Gobierno podrá exceptuar total o parcialmente del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 33 y en el apartado 1 anterior, la admisión a negociación de determinados valores en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la admisión o de la naturaleza o el número de los inversores a los que van destinados. Cuando las excepciones se basen en la naturaleza del inversor, se podrán exigir requisitos adicionales que garanticen su correcta identificación.

4. El procedimiento para la admisión de valores a negociación en los mercados secundarios oficiales deberá facilitar que los valores se negocien de un modo correcto, ordenado y eficiente. Reglamentariamente se regulará dicho procedimiento y se determinarán las condiciones que han de cumplirse para la aprobación del folleto informativo por la Comisión Nacional del Mercado de





Valores y para su publicación. La falta de resolución expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre el folleto durante el plazo que se establezca reglamentariamente tendrá carácter desestimatorio.

5. La publicidad relativa a la admisión a negociación en un mercado regulado se ajustará a lo dispuesto en el artículo 240.”

El Reglamento que desarrolla la Ley del Mercado de Valores, aprobado con Real decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, insiste en tales exigencias en tanto que para la válida oferta de valores en un mercado secundario oficial reclama no solo el cumplimiento de determinados requisitos formales de idoneidad tanto del emisor como de los propios valores, sino también una serie de requisitos de información al suscriptor, indicando la necesidad de publicar un folleto informativo de la emisión que, según el art. 16 “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el folleto incluirá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores cuenten con datos suficientes para poder hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará en forma fácilmente analizable y comprensible. Por orden ministerial que desarrolle el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, se establecerán las excepciones a la obligación de incluir determinada información en el folleto. En particular, cuando los valores estén garantizados por un Estado miembro de la Unión Europea, el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado regulado tendrán derecho a omitir información sobre el garante.





2. El folleto deberá ser suscrito por persona con poder para obligar a la entidad que solicita la admisión a negociación de los valores.”

El art. 17 del mismo Reglamento prevé que “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el folleto incluirá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para, conjuntamente con el resto del folleto, ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores. Asimismo, dicho resumen contendrá una advertencia de que:

- a) Debe leerse como introducción al folleto.
- b) Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.
- c) No se podrá exigir responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente sobre la base del resumen, incluida cualquier traducción del mismo, a no ser que dicho resumen sea engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leído junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a decidir si invierten o no en los valores.

2. No será obligatorio incluir un resumen en los casos en que el folleto aprobado por la CNMV se refiera a la admisión a negociación, en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, de valores que no sean participativos cuyo valor nominal unitario sea de, al menos, 100.000 euros.

3. En el caso de admisiones a negociación en un mercado secundario oficial español, con independencia de cuál sea la autoridad competente que apruebe el





folleto, la persona que solicite la admisión deberá traducir el resumen al castellano cuando el folleto no esté redactado en este idioma. No obstante lo anterior, la CNMV, atendiendo a las circunstancias especiales de la admisión, podrá eximir a la persona que la solicite de traducir el resumen. En ningún caso será necesaria dicha traducción cuando se trate de valores no participativos cuyo valor nominal unitario sea de, al menos, 100.000 euros.”. Por tanto si es exigible responsabilidad civil por la información engañosa e inexacta en la oferta pública de suscripción de acciones.

Todas estas exigencias de veracidad en la información publicitada a través de un instrumento preceptivo para la oferta de suscripción de acciones como es el folleto informativo, derivan de la trasposición al derecho nacional de la Directiva Comunitaria 2003/71/CE según la cual, en su art. 5 señala que “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8, el folleto contendrá toda la información que, según el carácter particular del emisor y de los valores ofertados al público o admitidos a cotización en un mercado regulado, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y de todo garante y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará en forma fácilmente analizable y comprensible.

2. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser ofertados al público o que vayan a ser admitidos a cotización en un mercado regulado. También incluirá una nota de síntesis. Esta nota de síntesis será escueta y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados con el emisor, los posibles garantes y los valores, en la lengua en que se haya redactado originalmente el folleto. Asimismo, dicha nota de síntesis contendrá una advertencia de que:

a) debe leerse como introducción al folleto, y





b) toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto, y

c) cuando una demanda sobre la información contenida en un folleto se presente ante un tribunal, el inversor demandante podría, en virtud del Derecho nacional de los Estados miembros, tener que soportar los gastos de la traducción del folleto antes de que dé comienzo el procedimiento judicial, y

d) no se exige responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente en base a la nota de síntesis, incluida cualquier traducción de la misma, a no ser que dicha nota de síntesis sea engañosa, inexacta o incoherente en relación con las demás partes del folleto.

No será obligatorio incluir una nota de síntesis en los casos en que el folleto se refiera a la admisión a cotización en un mercado regulado de valores no participativos de una denominación igual o superior a 50 000 euros, excepto si así lo exige el Estado miembro en virtud del apartado 4 del artículo 19.

3. A reserva de lo dispuesto en el apartado 4, el emisor, el oferente o la persona que pida la admisión a cotización en un mercado regulado podrán elaborar el folleto como documento único o en varios documentos. Cuando el folleto se componga de documentos separados, deberá dividir la información solicitada entre un documento de registro, una nota sobre los valores y una nota de síntesis. El documento de registro contendrá la información relativa al emisor. La nota sobre los valores contendrá la información relativa a los valores ofertados al público o que vayan a ser admitidos a cotización en un mercado regulado.

4. Para los siguientes tipos de valores, el folleto podrá estar constituido, a elección del emisor, oferente o persona que solicite la admisión a cotización en un mercado regulado por un folleto de base que contenga toda la información





pertinente relativa al emisor y a los valores que deban ofertarse al público o ser admitidos a cotización en un mercado regulado:

- a) valores no participativos, incluidos los certificados de opción de compra en todas sus formas, emitidos conforme a un programa de oferta;
- b) valores no participativos emitidos de manera continua o reiterada por las entidades de crédito,
 - i) cuando las sumas procedentes de la emisión de dichos valores, de conformidad con las disposiciones legales nacionales, se coloquen en activos que proporcionen la suficiente cobertura para el compromiso derivado de los valores hasta su fecha de vencimiento, y
 - ii) cuando, en caso de insolvencia de la entidad de crédito vinculada, dichas sumas se destinan, prioritariamente, a compensar el capital y el interés que vencen, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (1). La información que figura en el folleto de base se completará, en su caso, con información actualizada sobre el emisor y sobre los valores que vayan a ofertarse al público o admitirse a cotización en un mercado regulado, de conformidad con el artículo 16. Si las condiciones finales de la oferta no figuran ni en el folleto de base ni en un suplemento, éstas se facilitarán a los inversores y se presentarán a la autoridad competente cuando se haga cada oferta pública tan pronto como sea factible, y, de ser posible, antes del lanzamiento de la oferta. En ese caso será de aplicación lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 8.

5. Para tener en cuenta los progresos técnicos de los mercados financieros y asegurar la aplicación uniforme de la presente Directiva, la Comisión, de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 24, adoptará medidas de ejecución sobre el formato del folleto, del folleto de base o de los suplementos.”





Lo que la normativa exige, por lo tanto, es que el folleto contenga la información suficiente fácilmente analizable y comprensible para que el inversor pueda evaluar la situación económica de la sociedad anónima que hace la oferta, situación que resulta determinante a la hora de decidir si suscribe tales valores ofertados públicamente; el fin no es otro que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente (art. 16 y 17 RD 1310/2005) y la Directiva 2003/71 regla tal deber como información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación con la suficiente información de los activos y pasivos , situación financiera, beneficios y pérdidas (art. 6 de la referida Directiva) del emisor. Además el inversor tiene la garantía jurídica y confianza, dado que esos datos del folleto son confeccionados por el emisor, que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va a ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión de oferta pública.

En tal tesitura y con las directrices legales aplicables, resulta evidente que los datos económicos financieros del emisor deben ser veraces, reales, objetivos y actualizados; el art. 28 de la LMV de 1988, actual art. 38 del Texto Refundido de 2015 establece que “1. La responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores.

Asimismo, serán responsables los siguientes sujetos:

- a) El garante de los valores en relación con la información que ha de elaborar.
- b) La entidad directora respecto de las labores de comprobación que realice.





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

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

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

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

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

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





Por su parte, el art. 36 del RD 1310/2005 de 4 de octubre establece que “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, las personas responsables por el folleto informativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriores, estarán obligadas a indemnizar a las personas que hayan adquirido de buena fe los valores a los que se refiere el folleto durante su período de vigencia por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con este real decreto, siempre y cuando la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo o se haya difundido al mercado antes de que dichas personas hubiesen adquirido los valores.”

En conclusión, la libre y válida prestación del consentimiento por parte del cliente ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o directamente una entidad de crédito, y del cumplimiento de las restantes obligaciones legales y contractuales. De manera que en el caso de no haber información de ninguna clase, o si la información no es adecuada o bastante o si, en su caso, no cubre las exigencias previstas en la normativa aplicable, o si no se ajusta a la realidad en cuanto a datos facilitados al cliente, cabrá apreciar un error excusable de formación de voluntad, razón bastante para la invalidación de un contrato con arreglo al art. 1266 y 1300 del código civil, bien entendido que el error no opera sobre los motivos subjetivos que impelen a cada contratante a actuar sobre la base del negocio o función económico social del mismo (STS 13 de mayo de 2009) o incumplimiento de las obligaciones exigibles a la entidad bancaria.

SEGUNDO.- DE LA NULIDAD

Para la determinación de si la información que se facilitó en el momento de la ampliación de capital representaba la imagen fiel de la entidad se cuenta con la prolija prueba documental, periciales de cada parte. Esta información podía venir tanto directamente de la lectura del folleto informativo como de la que les





ofreció el banco a través de sus empleados, como la que la entidad ofreció a través de la publicitación de la ampliación de capital en diferentes medios.

Por lo que se refiere a la documental, el resumen de la nota sobre las acciones en la operación de aumento de capital con derecho de suscripción preferente de Banco Popular español, incorporada con la demanda. En cuanto a la letra, señalar que es mucho menor que la exigida por el art. 80.1 b) del RD 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General Para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando establece “b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.”. En cuanto al fondo de manera genérica se hacen advertencias en cuanto a incertidumbres “que pudieran afectar a los niveles de cobertura”, usando la forma verbal pretérito imperfecto del subjuntivo. Se señalan en los cuadros que integran la nota las principales magnitudes de los balances consolidados (en miles de euros) en las que aparecen cifras, que en caso de leerlas, lo único que puede entreverse es la permanencia en la entidad de un relevante volumen de negocio con cifras de las que no puede inferirse una situación como la que acaecería pocos meses después.

Aún partiendo de la hipótesis que sostiene el perito de la demandada, que los problemas fueron de liquidez por la enorme retirada de fondos en el mes de junio de 2017, ello no explicaría totalmente que en un año, de junio de 2016 a junio de 2017, 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 en el mes de junio de 2017 es que a 30 de junio de 2016 las pérdidas fueran de algo más que 35 millones de euros y a 31 de diciembre de 2016 esas pérdidas fueran de 3.485 millones de euros, lo que supone un incremento del 9.857% en las pérdidas. Ello pone de manifiesto que no solo había un problema de liquidez, si no también de solvencia, pues de haber existido únicamente un problema de liquidez, se habrían admitido por los





organismos europeos las garantías que ofrecía para obtener esa liquidez, lo que no se produjo. Es en junio de 2016 precisamente cuando la entidad manifiesta que tenía solo unas pérdidas de 35 millones de euros cuando se realiza la ampliación de capital. Es un hecho notorio que luego se desencadenó un procedimiento que se inició con la comunicación de hechos relevantes y término con la decisión de la Comisión rectora del FROB adoptado el 7 de junio de 2017, que adoptó las medidas necesarias para ejecutar la previa decisión de la Junta de Resolución. Dichas medidas incluyeron la amortización permanente de todas las acciones sin indemnización a sus titulares así como la venta de la entidad a Banco Santander por un euro. Dichas medidas demuestran la extraordinaria gravedad de la situación financiera en la que se encontraba la entidad demandada. Tampoco puede ser fruto de los criterios contables exigidos por la nueva normativa (Circular 4/2016) tal y como alega la parte demandada y su perito, ya que no se ha explicado por qué los nuevos criterios conducen a esos resultados extraordinarios y sobre todo si realmente fuera esa la causa muchas entidades bancarias se habrían visto en una situación similar, es decir, habrían tenido que sacar a relucir miles de millones de pérdidas que hasta la fecha no tenían por qué reflejarse.

Aun cuando Banco Popular Español S.A sostenga que no existió una alteración de las cuentas y que se trató únicamente de un problema de falta de liquidez provocado por la masiva retirada de depósitos en pocas semanas, no puede afirmarse que esa fue la causa sino, al contrario, que tal retirada de depósitos fue consecuencia de que saliera a la luz la quebrada situación financiera del Banco Popular, situación, que al contrario de las afirmaciones de la demandada no era meramente coyuntural, puesto que de haber sido así las medidas no hubieran sido las que se adoptaron por la autoridad bancaria. El resumen presentado para su aprobación e inscrito en el registro oficial de la CNMV contiene, entre otros datos, información de los estados financieros de Banco Popular Español S.A, correspondientes al semestre cerrado el 30 de junio de 2017, una vez producida la resolución e intervención del Banco, y auditados por la entidad





Price&Waterhouse&Coopers y producida también la reformulación (el informe de auditoría dice “Cifras reexpresadas a efectos comparativos como consecuencia del Hecho Relevante comunicado a CNMV el 3 de abril de 2017” pero las expresiones eufemísticas no modifican la situación de fondo), se constató que distaban radicalmente de la realidad financiera de Banco Popular Español, falta de liquidez y solvencia, en el momento que procedió a la ampliación de capital, publicitando una imagen que atrajera a los inversores y publicando un resumen de la Nota sobre Acciones en el que constan cifras que Banco Popular Español S.A conocía que no mostraban la situación financiera real en ese momento. En suma, no puede inferirse de tal documento que Banco Popular Español cumpliera con la obligación de información.

En relación al informe de la CNMV se pronuncia sobre él la Sentencia 160/2019 de 26 de abril de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias (Ponente Sra. Pueyo Mateo) que razona que el mismo destaca varias irregularidades y afirma que de la información suministrada por la entidad se desprende que el efecto agrede reexpresar la información financiera consolidada del ejercicio de 2016 del Banco Popular hubiere supuesto la minoración del resultado del ejercicio del grupo en 126 millones y su patrimonio neto en 387 millones, importe netamente superior al inicialmente estimado en el hecho relevante de 3 de abril” señalando en sus conclusiones entre otras cuestiones , que “la información financiera consolidada del Banco Popular del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiera patrimonial” y que “ de manera adicional existen otros factores cualitativos que vienen a reforzar la conclusión sobre la gravedad, el impacto o relevancia de los anteriores ajustes contables , al menos para el ajuste por insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos de la cartera crediticia que debe ser objeto de provisiones individualizadas, se confirmaría la intencionalidad de determinados altos directivos de la Entidad en incurrir en los respectivos errores”, señalando también que “la Entidad desglosó unas ratios del capital regulatorio mejores que las reales” y que “ estas circunstancias, a nuestro juicio, deberían suponer la





apertura de un expediente sancionador a la entidad y sus órganos de administración y alta dirección por haber suministrado información financiera regulada con datos inexactos o inveraces o de información engañosa o que omite aspectos o datos relevantes”. Y continua explicando que “ Por lo que se refiere a la información sobre riesgos, con independencia de que, como ha afirmado la apelada, la misma ha resultado un tanto genérica, este Tribunal se pronunció al respecto en sentencias de 3 de octubre de 2018 y 29 de noviembre de 2018, ambas declaradas ya firmes, señalando lo que sigue “Por su parte, la sentencia del TS de 3 de febrero de 2016 afirma que ”Si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y siguientes de la LMV y 16 y siguientes del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el pequeño futuro inversor (a diferencia de los grandes inversores o 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 a dichas acciones.”. En consecuencia, lo relevante, es que en cualquier momento la entidad emisora ha de proporcionar, y no puede eximirse de hacerlo, información clara, real y comprensible sobre su situación económica, futura rentabilidad, etc., todo ello por cuanto, como se dijo, ha de resultar determinante a los efectos de la formación de la voluntad negocial del potencial inversor.

El art. 16 del RD 1310/2005 establece que “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el folleto incluirá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores cuenten con datos suficientes para poder hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así





como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará en forma fácilmente analizable y comprensible. Por orden ministerial que desarrolle el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, se establecerán las excepciones a la obligación de incluir determinada información en el folleto. En particular, cuando los valores estén garantizados por un Estado miembro de la Unión Europea, el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado regulado tendrán derecho a omitir información sobre el garante.

2. El folleto deberá ser suscrito por persona con poder para obligar a la entidad que solicita la admisión a negociación de los valores.”

La actora presenta el informe pericial confeccionado por don Victor Torres Tejerina que concluye que existen notables diferencias entre la información comercial suministrada para la realización de la OPV y la situación económica real del banco. Para elaborar este informe afirman que se manipularon ratios como el ROTE (Return on Tangible Equity, el ROA (Return On Assents), ratio de eficiencia, margen financiero, EBIT (Earnings Before Interest and Taxes) y morosidad. Todas esas magnitudes afirma que mejoran sus equivalentes de las cuentas auditadas de 2015 y sin embargo las cifras de 2016 arrojan unas cifras catastróficas. Dicho informe también concluye que es imposible un deterioro tan rápido en el segundo semestre de 2016, curiosamente tras la publicación de la presentación comercial y del folleto de OPV. Así mismo se dice que el proceso de comercialización fue regularmente agresivo, en corto espacio de tiempo, y nada transparente., así mismo resulta totalmente contradictorio que el banco Santander comprase por un euro el Banco Popular si la información suministrada para la OPV era veraz. Así mismo señala que Banco Popular ha ejercido una actividad incorrecta como emisora y comercializadora de acciones nuevas encaminadas a capitalizar la entidad con unas ratios reales de manifiesta insolvencia, valiéndose para ello de una información económica manipulada. Así





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

Sin embargo, el informe pericial de la demandada, el perito niega las conclusiones a la que llega la pericial de la actora, pero reconoce como hechos a tener en cuenta que efectuada la ampliación de capital, cubierta con exceso de demanda sobre oferta de títulos, al haberse recibido solicitudes por un importe total de 3.401,3 millones de euros, el 20 de febrero de 2017 el Consejo de Administración de Banco Popular procedió a la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2016, en las que reflejaba un resultado atribuible a la sociedad dominante negativo de -3.485 millones de euros y el 7 de junio de 2017 la Junta Única de Resolución en Sesión Ejecutiva Ampliada, decidió adoptar el dispositivo de resolución sobre banco Popular y en su decisión SRB/EES/2017/08 determinó que se cumplieran todas las condiciones previstas en el art.18.1 del Reglamento UE 806/2014 y, en consecuencia, acordó declarar la resolución de la entidad y aprobó el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma, decidiendo que el instrumento de resolución que debería aplicarse al Banco Popular consistía en la venta de negocio de la entidad, de conformidad con los arts. 22 y 24 del Reglamento, previa amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinasen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de resolución; y ese mismo 7 de junio de 2017 se produjo la adquisición del 100% de las acciones de nueva emisión de Banco Popular por Banco Santander. Y reconoce también el informe pericial de la demandada estar de acuerdo con los Sres. [REDACTED] en la falta de coincidencia entre los valores numéricos de los ratios que figuran en la presentación a Inversores y los consignados en las cuentas consolidadas del Banco correspondientes al ejercicio 2016, aunque lo justifica en que los datos contenidos en la Presentación a Inversores son estimaciones y los de las cuentas





anuales son los observados a la vista del valor que que finalmente alcanzaron los diferentes elementos de las cuentas anuales. En conclusiones procede a realizar no un examen de la situación real de Banco Popular y la situación expuesta en la información de la Nota sino una crítica al informe pericial presentado por la actora, al que se otorga la necesaria validez y credibilidad en atención a la valoración de la prueba pericial que ha de hacerse a la luz de la jurisprudencia. El tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

1º Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10 de febrero de 1994).

2º Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 20 de mayo de 1996.

3º Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS de 7 de enero de 1991.

4º Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo; cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS de 11 de abril de 1998; cuando sean incoherentes y contradictorios: STS de 13 de julio de 1995.





Ya solo el relato de lo ocurrido entre mayo de 2016 y junio de 2017 bastaría para sostener que el resumen de la Nota no solo no recogía de manera fiel la situación financiera de la entidad, sino que la supuesta advertencia de los riesgos que consentía el adquirente de acciones emitidas en ampliación no eran los derivados de la verdadera situación del banco si no los que correspondería de la situación financiera que se resumía, pero más allá de los datos resultantes de lo acaecido en dichas fechas, el informe pericial presentado por la parte actora detalla cuales fueron las omisiones en la información facilitada, que partía de unos datos diferentes a los que constarían posteriormente, por lo que los riesgos a los que hacía referencia no constituían sino una referencia abstracta que se hacía ver a los posibles suscriptores no se llegaría por no ser compatibles con la situación financiera mostrada en el resumen.

Por lo anterior, la información contenida en el documento informativo dirigido al posible adquirente de acciones contenía datos que no se ajustaban a la verdadera situación económica del banco, por lo que, de haberlo sabido nadie hubiera comprado las acciones por lo que de conformidad con los art. 1265 y 1300 C.Civil cabe declarar la nulidad del contrato y ello por falta de consentimiento, pues el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1.265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1.266 del mismo Código que en lo relativo al error sobre el objeto señala que: "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

Numerosa es la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el vicio del consistente en el error en el consentimiento, siendo la conclusión general que para la apreciación debe darse un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS 17 de octubre de 1989 entre otras).





En la jurisprudencia actual se mantiene en esencia este criterio. La Sentencia 505/2015 de 29 de septiembre de la sección 1ª de la Sala de lo Civil del tribunal supremo siendo ponente el Sr. Orduña Moreno aborda la distinción entre el dolo y la culpa en la formación de voluntad en el fundamento de Derecho segundo expresando en el apartado dos de dicho fundamento que “ 2. Formación de voluntad contractual. La debida diferenciación del tratamiento jurídico en las figuras del dolo y el error de vicio. La fundamentación jurídica del presente caso parte, necesariamente, de las perspectivas analíticas y conceptuales que presenta el dolo y el denominado error de vicio, en la formación de la voluntad contractual, para precisar el distinto tratamiento jurídico que hay que establecer respecto de uno y otro supuesto. De ahí que se proceda inicialmente a desarrollar esta fundamentación en relación a la desestimación del segundo motivo planteado.

En nuestro ordenamiento, el tratamiento jurídico del dolo contractual, conforme a la tipicidad legal que históricamente lo ha distinguido como vicio del consentimiento, cobra una clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, esto es, de conducta que infringe un deber jurídico y que resulta especialmente reprobable por vulnerar el principio de buena fe contractual que debe informar el curso de la formación del consentimiento contractual (STS de 14 de enero de 2014, núm. 537/2013).

En este sentido, el error que produce o comporta el dolo queda también particularizado respecto de la noción general del error, pues es producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante y provocar, de este modo, una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será claramente perjudicial.

Esta nota de antijuridicidad que acompaña al dolo determina, a su vez, que la reacción del ordenamiento jurídico se centre en la protección del contratante engañado permitiendo, entre otras medidas de protección, la consecuente nulidad





del contrato celebrado. En esta línea se desenvuelven también los principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), no sólo en la distinción del dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento, sino también en la exclusión de la autonomía de la voluntad en orden a modular las consecuencias de la anulación, por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria a los postulados de buena fe y lealtad a la palabra dada; caso del dolo que nos ocupa.

De lo expuesto se desprende la conveniencia de diferenciar las figuras del dolo, propiamente dicho, y del error vicio en el curso de la formación del consentimiento contractual y, en consecuencia, la de sus respectivos regímenes jurídicos.

Así, en primer lugar, debe resaltarse que aunque el engaño, ínsito en el dolo, provoque necesariamente el error a la otra parte contratante, la reacción del ordenamiento jurídico se centra exclusivamente en la antijuridicidad de la conducta dolosa para determinar la nulidad del contrato celebrado. Consecuencia que solo puede quedar excepcionada bien cuando el dolo no revista carácter grave o esencial para con el objeto o las condiciones del contrato, o bien cuando haya sido empleado por ambos contratantes. (Artículos 1269 y 1270 del Código Civil).

En segundo lugar, y de acuerdo a lo anteriormente señalado, hay que precisar que una vez apreciado el dolo contractual no cabe, a su vez, apreciar el error vicio en el contrato como si se tratara de supuestos compatibles y concurrentes. En efecto, la apreciación del dolo contractual determina por sí mismo, esto es, de un modo pleno, la nulidad del contrato celebrado; de forma que resulta improcedente entrar en el tratamiento jurídico que le es propio al error vicio, particularmente respecto a la valoración de la nota de excusabilidad del mismo. Nota que resulta lógica de acuerdo a la caracterización de este supuesto, en donde el error no es producto de un acto antijurídico de una de las partes, sino que puede obedecer a





múltiples razones, entre otras, a deficiencias o ambigüedades de la negociación llevada a cabo, o ser incluso consecuencia de la culpa del mismo equivocado. De ahí, la necesaria valoración de las conductas de las partes en este supuesto.”

En definitiva, si bien el incumplimiento del deber de información en sí mismo no conlleva el error de vicio en el consentimiento, si permite, junto con el perfil y experiencia del cliente en materia de inversión de productos complejos, presumir que aquel no estuvo debidamente formado y fue emitido con desconocimiento de los elementos esenciales del contrato y de sus riesgos potenciales al basarse en suposiciones o percepciones inexactas, sin que tales carencias le sean imputables, máxime cuando las disposiciones legales que regulan la contratación en el ámbito del mercado de valores imponen a la otra parte contratante el deber esencial de informarle con carácter previo sobre la naturaleza, objeto, funcionamiento y riesgos inherentes al producto de inversión que se va a concertar.

Finalmente, hay que volver a reiterar que el Tribunal supremo se ha pronunciado ya sobre la cuestión y ha afirmado la existencia de tal vicio de consentimiento sustancial y excusable en quienes adquirieron las acciones determinó la prestación del consentimiento, declarando la nulidad contractual con efectos extintivos (art. 1300 y 1.303 Cci).

De la prueba practicada se colige el dolo contractual de Banco Popular Español S.A , dolo que se presenta de forma inequívoca al omitir la entidad bancaria la verdadera situación financiera en el momento de salida a bolsa, que afloraría pocos meses después, no quedando acreditado en ningún caso que el cliente fuera experto, sin ninguna constancia en las actuaciones de esta cuestión, siendo un cliente minorista no profesional; concurriendo por tanto los requisitos para apreciar error invalidante del consentimiento al ser sustancial (STS 10/2017 de 13 de enero) además de excusable (STS 741/2015 de 17 de diciembre)





TERCERO.- EFECTOS DE LA NULIDAD

En cuanto a los efectos de la nulidad de la suscripción de acciones de la sociedad anónima demandada citando la sentencia dela Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia del 07 de enero de 2015 (ROJ: SAP V 1/2015)

Dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil , debiendo el actor devolver a BANCO POPULAR SA las acciones suscritas (efecto amparado por el TJUE en la sentencia de 19/12/2013 mentada supra, pues al igual que en tal caso, estamos ante un contrato de inversión como previo al de adquisición de la cualidad de accionista) y BANCO POPULAR S.A deberá devolver a los actores el importe de la suscripción, , más los intereses legales y los actores reintegrar a la demandada las acciones más los dividendos en su caso obtenidos con sus intereses legales.

Procede por tanto anular el contrato, y el efecto jurídico conforme al 1.303 Cci, deben las partes restituirse recíprocamente las prestaciones. Así pues la entidad demandada deberá proceder a la restitución del capital de la suscripción efectuada por parte de la demandante y ésta por su parte deberá devolver los rendimientos que haya recibido. De este modo procede declarar:

- 1.- Que la orden de valores y consecuentemente la posterior adquisición de 7 de mayo de 2017 queda inválida e ineficaz, con efecto retroactivo.
- 2.- Que Banco Santander S.A deberá proceder a la restitución al Sr. [REDACTED] del capital de la inversión efectuada más los intereses de la misma conforme a la previsión del art.1303 Cci; interés que a falta de determinación legal, será el legal del dinero desde la fecha en que se efectuó el pago de los títulos (20 de junio de 2016).





3.- Que el demandante, simultáneamente, procederá a la devolución de los dividendos que pudieran haber percibido durante la vigencia del contrato, con sus intereses, sin perjuicio de su posible compensación o de otros pactos o acuerdos que las partes puedan alcanzar al margen del proceso. Han de sumarse los ingresos y las retenciones practicadas por la entidad bancaria.

4.- en el caso de que el actor conserve los títulos Valores/Acciones deberán hacer entrega de los mismos a Banco Santander S.A

TERCERO.- INTERESES

Conforme a lo dispuesto en los arts. 1101 y 1108 del Cci, las cantidades resultantes devengarán el interés legal desde las fechas de suscripción y de las percepciones de rendimientos. Como quiera que no se ha aportado ni por la actora ni por la demandada documentación acreditativa de que se percibieran dividendos, en tal caso, por acuerdo extrajudicial entre las partes o en ejecución de sentencia si no llegan al mismo, las partes procederán a presentar las correspondientes liquidaciones para su compensación y fijar la cantidad que Banco Santander S.A ha de abonar al Sr [REDACTED]. La liquidación se llevará a cabo, a falta de acuerdo, en ejecución de sentencia conforme a las bases indicadas (art.219 LEC). El interés se incrementará en dos puntos a partir de la fecha de esta resolución conforme a lo dispuesto en el art. 576 LEC.

CUARTO.- COSTAS PROCESALES

En orden a las costas procesales y estimada la demanda procede la condena a la entidad bancaria demandada a su pago, conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.





FALLO

Que estimando la demanda interpuesta a instancia de [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A (actualmente BANCO SANTANDER S.A) y declaro que:

1.- Anulo la orden de valores y la posterior compra de 265.000 acciones de Banco Popular en fecha 7 de mayo de 2017 por líquido efectivo de 200.055,28 euros, por existencia de dolo civil en la información emitida por la entidad y por error esencial relevante y excusable en el consentimiento prestado por los ahora demandantes.

2.- Ordeno la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, y en consecuencia:

a) Condeno al Banco Santander S.A a reintegrar a don [REDACTED] la suma de 200.055,28 euros en concepto de principal más la cantidad a que asciendan los intereses (interés legal del dinero) devengados desde la fecha de cargo (7 de mayo de 2017)

b) El Sr. [REDACTED] deberá restituir a Banco Santander S.A los títulos que pasarán a ser titularidad de la entidad demandada y en su caso los dividendos percibidos para lo cual deberán acometer las partes actuaciones que sean precisas para reintegrar a la entidad demandada los dividendos percibidos más los intereses percibidos por tales dividendos desde su percepción.

3.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes, con indicación de que contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2653-0000-04-0395-19 de este Órgano.





Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2653-0000-04-0395-19

Así por esta mi sentencia, de la que se extenderá certificación en los presentes autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por MARIA GAVILAN RUBIO