



Roj: **SAP O 1190/2019 - ECLI:ES:APO:2019:1190**

Id Cendoj: **33044370052019100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **84/2019**

Nº de Resolución: **144/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00144/2019

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 84/2019

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a diez de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 596/18, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **84/19**, entre partes, como apelante y demandada **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador Don Salvador Suárez Saro y bajo la dirección del Letrado Don Gastón Durand Baquerizo y como apelados y demandantes **DON Ismael Y DOÑA Lucía**, representados por la Procuradora Doña Florentina González Rubín y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha nueve de enero de dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda formulada por la procuradora de los tribunales Sra. González Rubín, en nombre y representación de don Ismael y doña Lucía, frente a la entidad **Banco Santander**, S.A. y declaro la nulidad de las compras de acciones de **Banco PopularBanco Popular** realizadas por los actores, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato y en concreto, la parte demandada ha de restituir a la parte actora el principal invertido más las comisiones (40.387,56 euros), con los intereses legales desde la fecha de ejecución de las compras.

Con imposición de las costas a la parte demandada".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por **Banco Santander** S.A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.



CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Don Ismael y Doña Lucía plantearon demanda frente a **Banco PopularBanco Popular** (actualmente **Banco Santander**, por absorción) en reclamación de 40.387,56 euros, derivada de los hechos siguientes: los actores habían adquirido el 4 de abril de 2016, 12.000 acciones de **Banco PopularBanco Popular** por importe de 26.461,31 euros. Posteriormente, y al haber anunciado dicha entidad bancaria en el mes de mayo un aumento de capital, y tras realizar una intensa campaña de captación de clientes, entre ellos los demandantes, éstos adquirieron 11.141 títulos por importe de 13.926,25 euros.

Posteriormente, como es notorio, dicho Banco había sido intervenido por las autoridades financieras en una operación que, entre otras cuestiones, había incluido la amortización de todas las acciones emitidas, con pérdida de todo su valor para los accionistas, habiendo sido adquirido posteriormente por el **Banco Santander**.

Como quiera que la información financiera publicada en su día por el Banco había resultado falseada, lo que había inducido a error a la hora de la adquisición de los títulos, ejercitaron los actores la acción de nulidad basada en el error en el consentimiento, con la consecuencia de la devolución de las cantidades invertidas en la adquisición, esto es, 40.387,56 euros, más los intereses, debiendo éstos por su parte reintegrar a la entidad demandada los rendimientos derivados de las acciones, que no han existido, así como las mismas cuya compra se anulare, si bien se han amortizado con pérdida de su valor.

La demandada en su contestación a la demanda alegó falta de legitimación pasiva. Señaló que el producto en cuestión no tenía la cualidad de complejo, ya que el riesgo de la inversión lo habría de asumir el accionista. Indica que conforme al régimen legal las pérdidas derivadas de la inviabilidad habrían de recaer en aquéllos y en los titulares de instrumentos de capital (Ley 11/15 art. 37-2). Asimismo señala que el folleto advirtió de los riesgos (de liquidez, de crédito y de mercado) y que la normativa civil opera como supletoria en la contratación mercantil, que contempla una acción específica (art. 38 LMV), y de producirse la anulación ello equivaldría a anular la operación de aumento de capital en conjunto. Por otro lado, alega que el proceso de resolución del Banco se ejecutó al amparo de los instrumentos normativos correspondientes, así el Reglamento nº 806/14 UE y la Ley 11/15, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión, procedimiento para impedir que una situación dificultosa del sistema financiero repercutiese en los contribuyentes; así, para ejecutar la decisión de la JUR el FROB adoptó el 7-6-17 resolución para amortizar todas las acciones, pasando a valor cero, y la conversión de instrumentos de capital (como los bonos) en acciones, que se vendieron con el Banco, lo que garantizó la continuación de su actividad y la seguridad de los depositantes.

La sentencia de primera instancia, tras un análisis completo, exhaustivo y encomiable del asunto, y como es obvio básicamente respecto a la inexactitud y manipulación de la información bancaria sobre su verdadera situación, acogió la demanda, frente a la que se alza la demandada.

SEGUNDO.- Esgrime la recurrente como motivos básicamente la falta de legitimación así como la inexistencia de información falsa o inexacta.

En cuanto a la primera cuestión aduce que las acciones adquiridas en el mes de abril de 2.016 lo fueron en el mercado secundario, y por ello sin relación contractual, por lo que la acción ejercitada, derivada precisamente o basada en una relación negocial, no sería viable, ello con cita de varias resoluciones al respecto.

Por lo que a la segunda cuestión se refiere, alega la apelante error en la valoración de la prueba en la conclusión de la sentencia respecto a la inexactitud de las cuentas de la entidad, ignorando la documental aportada, así el informe de la Auditoría Pricewaterhouse, o que las cuentas relativas a la ampliación de capital habían sido supervisadas por la CMV, así como la veracidad del folleto o las conclusiones de los peritos de la demandada.

Ha de acogerse el primero de los motivos, habida cuenta que en efecto la adquisición de las acciones operada en el mes de abril lo había sido en el mercado secundario, y por ello extramuros de una relación contractual entre los demandantes y la entidad bancaria, y siendo esto así, teniendo en cuenta que la acción ejercitada lo fue de nulidad contractual por error en el consentimiento, esto es, derivada de una relación negocial entre las partes que, como acaba de decirse, no existió, ello ha de conllevar a concluir en que, en efecto, la falta de legitimación pasiva de la demandada resulta patente.

La reciente sentencia de esta Sala (rollo 99/19) señaló lo siguiente:



"Como es sabido, por mercado primario se entiende aquél en que la adquisición del valor por el inversor se produce, por decirlo de una forma gráfica, originariamente, mientras que en el mercado secundario el inversor contrata la adquisición de valores que ya han sido suscritos por otros (se trataría de una adquisición derivativa).

El art. 43 de la LMV, aprobada por RDL 4/2015, de 23 de octubre, describe este mercado secundario como un sistema multilateral que permite reunir los intereses de compra y venta facilitando la liquidez de los valores y su circulación.

Siendo así las cosas enseguida se advierte la dificultad de armonizar la configuración típica del CC de pérdida de eficacia del negocio por anulabilidad (art. 1.300 y 1.311 CC) con el supuesto de autos, en que la demandada no es una de las partes contratantes en el negocio de adquisición (e incluso cabría ir más allá y preguntarse sobre cómo afectaría esta posibilidad de impugnación de la eficacia del negocio adquisitivo al mercado secundario singularmente caracterizado por su carácter impersonal).

Más correctamente (como en este sentido apuntó la demandada al contestar), la posibilidad del inversor de accionar frente al emisor debe buscarse en la normativa sectorial y específica del mercado de valores y en este sentido esa regulación, inspirada, entre otros principios, en el de la protección del inversor a través de la veracidad y fidelidad de la información, dispone, para el mercado primario, la confección y publicación de un folleto por el emisor de los valores llamados a cotizar en el mercado secundario oficial que dé cuenta fiel y cabal de la naturaleza del emisor, sus activos y pasivos, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como sus perspectivas, y en el mercado secundario, de informar periódicamente sobre su situación financiera y la responsabilidad del emisor, en uno y otro caso, de la exactitud y veracidad de una y otra información; y así y en este sentido el art. 38 (LMV 4/2015) declara responsable al emisor (además de a otros) de todos los daños y perjuicios que pudiese ocasionar a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o de las omisiones de datos relevantes del folleto, y el 124 (relativo al mercado secundario), de nuevo y asimismo, la responsabilidad del emisor y sus administradores de todos los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado a los titulares de valores como consecuencia de que la información financiera debida de publicar periódicamente no proporcione una imagen fiel del emisor.

"La descrita responsabilidad del emisor y otros no es de carácter contractual sino legal y, en consecuencia y como sea que el actor no contrató con la demandada, la acción para la tutela de su interés patrimonial encontraría fundamento en la expuesta regulación y no en un vínculo obligacional derivado de la perfección de un contrato entre la parte y la demandada".

TERCERO.- No parece, empero, que haya de darse la razón a la recurrente respecto a la cuestión atinente a la información tachada de falsa por la Sra. Juez de instancia. Este Tribunal comparte y considera adecuada la valoración probatoria llevada a efecto por la Juzgadora, cuya exhaustividad en el examen de lo obrante en las actuaciones queda fuera de duda con la sola lectura de su extensa, razonada y razonable argumentación, habiendo justificado sobradamente, y en función del principio de libre valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la lógica (art. 348 de la LEC), las razones que la llevaron a dar mayor verosimilitud a la pericial aportada por la parte actora.

Ciertamente la apelante al combatir tal conclusión con alusión al informe Pricewaterhouse se ha limitado básicamente a indicar que el mismo se realizó en forma de auditoría, y a indicar lo fiable que resulta su objeto, en cuanto se emite acerca de la fiabilidad de la información económica financiera, siendo el objetivo del Auditor la obtención de una seguridad razonable de estar las cuentas libres de incorrección, mas silencio, y no cabe desconocerlo, que a Pricewaterhouse le fue incoado un expediente sancionador por su actuación en las cuentas del año 2.016.

En cuanto al informe de la CMV, con independencia de su significado que no alcanza una presunción de veracidad, lo cierto es que en el mismo se destacan varias irregularidades; y así se afirma que "de la información suministrada por la entidad se desprende que el efecto agregado de reexpresar la información financiera consolidada del ejercicio 2.016 del **Banco PopularBanco Popular** hubiere supuesto la minoración del resultado del ejercicio del grupo en 126 millones y de 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 PopularBanco Popular** del ejercicio 2.016 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 referidos errores", señalando también que "la Entidad desglosó unas ratios de capital regulatorio mejores de 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".

Por lo que se refiere a la información sobre los 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 3-10-2018 y 29-11-2018, ambas declaradas ya firmes, señalando lo que sigue: " Por su parte, la sentencia del TS de 3 de febrero de 2.016 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 ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones."

En consecuencia, lo relevante es que en cualquier caso 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 artículo 16.1 del Real Decreto 1310/2005, establece que "De conformidad con lo dispuesto en el art. 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".

En sus fundamentos tercero y cuarto, la mencionada resolución señaló lo siguiente: " Sentado lo que antecede, lo relevante a los efectos pretendidos por el demandante es si, como afirma, la información que fue plasmada por el **Banco PopularBanco Popular** en relación con su decisión de ampliación de capital resultaba real, dando una imagen fiel y exacta de su situación financiera, perspectivas de futuro, así como demás circunstancias relevantes, de cuyo conjunto su destinatario pudiere hacerse una adecuada composición de lugar a los efectos de su ulterior declaración de voluntad negocial.

Contradiendo el resultado de la pericial del demandante, emitida por el profesor Germán, de la que se infiere según su criterio que la información ofrecida era sesgada, omitiendo la parte inmobiliaria, con manipulación de los ratios de rentabilidad, y teniendo en cuenta la ratio de morosidad, todo lo cual fue plasmado por el Sr. Juez en la sentencia que se apela, la recurrente se apoya en la pericial aportada por su parte, que señala ausencia de rigor en aquél dictamen ante la falta de examen de los datos contables, circunstancia que, como señaló el Sr. Juez de instancia, resulta predicable asimismo de la pericial de la demandada, insistiendo en que el problema fue de falta de liquidez, lo que así había señalado el Banco Central Europeo al defender su intervención.

Tampoco cabe desconocer que en la información precontractual se hizo alusión a los riesgos, lo que se reitera en el resumen de nota de las acciones, indicando que "El banco estima que durante lo que resta del año 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables, así el crecimiento económico más débil, preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, entre otras. Señala a continuación que este escenario de incertidumbre aconsejan aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio."

Ahora bien, por otro lado, dicha entidad aludía en su propaganda informativa a un hito hacia la normalización de la rentabilidad después de 2.016 y la generación de capital futura, permitiendo acelerar la reducción de activos improductivos, proporcionando una flexibilidad en un momento en que el ciclo económico empezaba a ser favorable, de manera que a partir de 2.017 "Seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas, mientras continuamos reforzando nuestros ratios de capital" (sic). De otro lado, la ficha del inversor unida a los autos no aparece cumplimentada.

No cabe desconocer una serie de datos objetivos y circunstancias puestas de relieve en la recurrida y que, a juicio de este Tribunal, resultan relevantes en orden a concluir si la información fue fidedigna, objetiva, clara y completa.



Así, cabe señalar que en el año 2.013 el resultado neto consolidado del ejercicio fue en miles de euros de 254.393; en el año 2.014, 329.901; en el año 2.015, 105.934; en el primer trimestre de 2.016, 93.611; en el mes de junio de 2.016 (segundo trimestre) el resultado era negativo, -35.399, que a 31 de diciembre ascendió a -3.485.361. El 30-6-2017 ascendía a -12.218.407, momento en que se toma la decisión de intervención.

Choca así que mientras en el primer trimestre de 2.016 las ganancias eran de más de 93.611, tan sólo a 30 de junio de 2.016 las pérdidas eran de 35.399, a 31 de diciembre de 2.016 de 3.485.361 y, finalmente, a 30 de junio de 2.017 de 12.218.407. Este progresivo y notable incremento de las pérdidas no se compadece únicamente con una falta de liquidez, por más que se aluda a la masiva retirada de fondos del mes de junio de 2.017.

A este respecto, y como se señala en la sentencia de 4-6-2018 de la Audiencia Provincial de Valladolid, "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."

Ello implicó a la postre la pérdida total del valor de las acciones, su traspaso al Banco de Santander por un euro, que hubo de realizar por su parte una ampliación de capital por valor de 7.000 millones de euros, vendiendo a la baja parte importante de los activos inmobiliarios heredados del **Banco PopularBanco Popular**, lo que conllevaba acaso una sobrevaloración en su momento.

Estas circunstancias determinaron que el Sr. Juez de instancia finalmente se inclinase por otorgar mayor peso a la pericial del Sr. Germán , concluyendo que no resultaba lógico ni explicable que de ser reales las cuentas presentadas, se pudiere en tan escaso margen de tiempo producir la debacle bancaria, sino que ello debía de obedecer a un deterioro progresivo que venía arrastrando de anualidades anteriores.

Por otro lado, el **Banco PopularBanco Popular** había adquirido años atrás el Banco Pastor, entidad que arrastraba un importante paquete de activos tóxicos inmobiliarios. Y que sin perjuicio del aumento de la morosidad que debía ser paliada, resultaban sobrevalorados como acaba de indicarse.

En este sentido, en el informe del Sr. Germán se señala que en 2.011, y en momento de burbuja inmobiliaria, **Banco PopularBanco Popular** adoptó una decisión que en el devenir le resultaría sumamente negativa, siendo ello la adquisición del Banco Pastor, entidad bancaria tremendamente expuesta al "ladrillo" y que tenía más de 9.300 millones en activos inmobiliarios dentro de un balance de 29.000 millones, siendo así que **Banco PopularBanco Popular** optó luego por no aportar activos al Sareb, acaso para esquivar el estigma de banco apuntalado por el contribuyente, impulsando una serie de ampliaciones de capital en 2.012, 2.014 y 2.016, captando 5.400 millones de euros sobre unos fondos iniciales de 8.000 millones.

Por tanto, ha de compartirse con el Sr. Juez de instancia que la situación real financiera del **Banco PopularBanco Popular** que desembocó en su intervención venía orquestándose con bastante antelación y no se debió a circunstancias sobrevenidas que determinaron una situación de iliquidez, como se ha alegado, de manera que con independencia de la advertencia en el folleto sobre los riesgos a la que se ha hecho referencia en líneas precedentes, lo relevante es si se plasmaba una situación patrimonial ajustada a la realidad por parte de la entidad emisora, teniendo en cuenta además las esperanzas de una evolución positiva que se hacían ver por dicha entidad, y a lo que igualmente se hizo referencia anteriormente.

Al hilo de lo expuesto, si cabe concluir que la ahora recurrente no cumplió con el deber de información de modo claro, real y completo de su situación económica, ello conlleva la posibilidad de que la contratante sufriera un error determinante de la anulabilidad del negocio, al partir de una composición inexacta del objeto del contrato".

En suma, puede afirmarse que en efecto la información suministrada por la entidad bancaria resultó inexacta y engañosa para quien, fiándose en la misma, habría decidido la adquisición de los títulos en cuestión.

CUARTO.- Ahora bien, llegados a este punto, no puede desconocerse la Ley 11/15, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión, en cuya exposición de motivos se señala entre otras cuestiones lo que sigue a continuación: " La creciente complejidad del sistema financiero, debido al tamaño de las entidades que lo integran, la mayor sofisticación de los productos con que



operan, así como a su elevada interconexión, exige de los poderes públicos que cuenten con mecanismos y poderes reforzados para afrontar la potencial situación de dificultad en la que se pueden encontrar las entidades de crédito o las empresas de servicios de inversión, respetando la idea esencial, que subyace a todo el articulado de la ley, de evitar todo impacto a los recursos de los contribuyentes.

Durante la crisis financiera de los últimos años, la mayoría de los países desarrollados experimentaron, en mayor o menor grado, el enorme reto que acarrea llevar a cabo la resolución de una entidad de crédito de una manera ordenada y sin poner en juego dinero público. Lo anterior ha puesto de manifiesto que es necesario incluir en los ordenamientos jurídicos potestades específicas que permitan a las autoridades públicas gestionar un proceso, el de resolución de la entidad, de una manera enérgica y ágil al mismo tiempo, con respeto de los derechos de los accionistas y acreedores, pero partiendo del principio de que son estos, y no los ciudadanos con sus impuestos, quienes deben absorber las pérdidas de la resolución".

Más adelante afirma: "Un principio básico del que parte la ley es que los tradicionales procedimientos concursales, llevados a cabo en vía judicial, no son, en muchos casos, útiles para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable. Dados su tamaño, la complejidad y singularidad de sus fuentes de financiación, que incluye depósitos legalmente garantizados, y su interconexión con otras entidades, la liquidación ordinaria de una entidad financiera difícilmente podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía de un país. Por lo tanto, resulta necesario articular un procedimiento especial, riguroso y flexible al tiempo, que permita a las autoridades públicas dotarse de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores.

De lo anterior se deriva la distinción entre la liquidación y la resolución de una entidad financiera. En este sentido, la liquidación de una entidad financiera alude a la finalización de sus actividades en el marco de un proceso judicial ordinario, proceso que se dará principalmente en el caso de entidades que por su reducido tamaño y complejidad, sean susceptibles de ser tratadas bajo este régimen sin menoscabo del interés público; mientras que la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.

El régimen establecido en esta Ley constituye, en consecuencia, un procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos".

También afirma a continuación que "se añade ahora un nuevo principio llamado a garantizar que si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas. Es el momento de articular una nueva función público-financiera dirigida a garantizar que las entidades sean, de facto, liquidables sin que arrastre un impacto económico de tal magnitud que pueda perjudicar al conjunto de la economía.

Para atender estos principios y al mismo tiempo no afectar los procesos de reestructuración y resolución aún pendientes de culminación, esta Ley establece un modelo que distingue entre las funciones de resolución en fase preventiva, que se encomiendan al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y se ejercerán a través de órganos internos que funcionen con independencia operativa, y las funciones de resolución en fase ejecutiva, que se asignan al FROB".

Igualmente señala que en la ley "se afronta la necesidad de que todo el esquema de resolución de entidades descansa de manera creíble en una asunción de costes que no sobrepase los límites de la propia industria financiera. Es decir, los recursos públicos y de los ciudadanos no pueden verse afectados durante el proceso de resolución de una entidad, sino que son los accionistas y acreedores, o en su caso la industria, quienes deben asumir las pérdidas. Esta Ley, en línea con lo establecido en los países de nuestro entorno, diseña tanto los mecanismos internos de absorción de pérdidas por los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, como, alternativamente, la constitución de un fondo de resolución financiado por la propia industria financiera.

Se refiere a la especial protección de los depósitos bancarios. En caso de recapitalización interna de la entidad, estos serán los últimos créditos que puedan verse afectados, quedando además cubiertos en una importante medida por el Fondo de Garantía de Depósitos, de tal forma que la inmensa mayoría de los depositantes quede indemne en caso de resolución de una entidad de crédito. Por otro lado, se constituirá el Fondo de Resolución Nacional, llamado a integrarse en un futuro próximo en un fondo de escala europea y sufragado ex ante por las contribuciones de las propias entidades de crédito. Este fondo podrá complementar el efecto de la recapitalización interna y el resto de instrumentos de resolución que prevé la norma, y, en su caso, podrá ser utilizado para flexibilizar o completar la asunción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores.



Con esta Ley, por lo tanto, se lleva a cabo la trasposición de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, así como de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantías de depósitos, y se introducen aquellas previsiones que permiten la correcta articulación y coordinación del sistema español de resolución y el europeo, que habrá de estar plenamente operativo a partir del año 2.016.

Esta Ley es heredera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, en cuya elaboración ya se consideraron los trabajos preparatorios que por entonces existían de la hoy Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2.014. Se asienta sobre idénticos principios, replica buena parte de su estructura y articulado y no ha de entenderse, en consecuencia, sino como un instrumento que, al tiempo que refunde toda la regulación, completa el derecho previo en aquellas áreas del Derecho de la Unión Europea que aún no estaban incorporadas a nuestro ordenamiento. Así, se da cumplimiento a una de las prescripciones contenidas en aquella ley de resolución, en cuya exposición de motivos ya se preveía que "en el momento en que se avancen los trabajos desarrollados en los foros internacionales y, especialmente, cuando en el ámbito de la Unión Europea se acuerde un texto final de directiva sobre rescate y resolución de entidades de crédito, la presente norma será adaptada a la nueva normativa".

Y que "el legislador opta con esta Ley por dar la mayor continuidad posible tanto al contenido como a la estructura de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, completando solo aquello que la correcta trasposición de la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, hace imprescindible. Los aspectos que en este texto resultan más novedosos pueden agruparse en tres áreas. En primer lugar, se refuerza la fase preventiva de la resolución, pues todas las entidades, y no solo las inviables, deberán contar con los planes de recuperación y resolución. En segundo lugar, la absorción de pérdidas que en la antigua ley alcanzaba únicamente hasta la denominada deuda subordinada, a través de los instrumentos de gestión de híbridos, afectará con la nueva ley a todo tipo de acreedores, articulando al efecto un nuevo régimen de máxima protección a los depositantes. Y, por último, se constituye un fondo específico de resolución que estará financiado por medio de contribuciones del sector privado.

Se puede señalar, en suma, que en aquellos aspectos en los que esta Ley diverge de la Ley 9/2.012, de 14 de noviembre, lo hace para garantizar una mayor absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad, y otorgar una mayor protección a los depositantes y a los recursos públicos".

Ya en la citada sentencia de esta Sala (rollo 99/19) se declaró: " *Concurre una circunstancia singular, cual es que la pérdida de valor de las acciones del actor vino motivada por la intervención y resolución por la autoridad administrativa del Banco Popular Banco Popular de acuerdo con la Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión.*

En efecto, dicha Ley tiene por objeto regular los procesos de actuación temprana y resolución de entidades de crédito y servicios de inversión con la finalidad de proteger la estabilidad del sistema financiero y minimizar el uso de recursos públicos (art. 1) de acuerdo con, entre otros principios, el de que los accionistas o socios de las entidades serán los primeros en soportar las pérdidas (art. 4), disponiendo como instrumento de resolución, entre otros, la venta del negocio de la entidad (art. 25), con el efecto, respecto de accionistas y acreedores de la entidad de resolución, de que no tendrán ningún derecho sobre los activos y pasivos transferidos (art. 25.8).

Entre otros actos complementarios de la medida de resolución, con el fin de llevar ésta a término de acuerdo con los principios de la Ley se contempla la amortización de los instrumentos de capital, acto de carácter administrativo (art. 35) que conlleva para el titular de los instrumentos de capital amortizados que no subsista ninguna obligación frente a él respecto del importe amortizado, ni derecho a indemnización alguna (art. 39.2 letras A y B)".

Finalmente cabe mencionar el art. 37- 2 de dicha Ley, que dispone que en caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes:

- b) En relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado.
- c) No se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados.

Y en su apartado 4 señala que cuando el FROB reduzca a cero el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, éste o cualesquiera obligaciones o derechos derivados del mismo que no hayan vencido en el momento de la reducción se considerarán extinguidas a todos los efectos y no podrán computarse en una eventual liquidación posterior de la entidad o de otra sociedad que la suceda.

QUINTO.- Sentado lo expuesto hasta aquí, es obvio que el hecho derivado de la información inveraz podría dar lugar a las siguientes acciones, diferenciando el mercado primario del secundario. Por lo que respecta a aquél,



y con independencia de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento, como se ha dicho derivada de la relación contractual con el emisor, estaría la acción de responsabilidad de éste por daños y perjuicios derivada del art. 38 de la LMV; en cuanto al mercado secundario, la acción pertinente a ejercitar sería la del art. 124 de la LMV, asimismo indemnizatoria de daños y perjuicios.

En orden al primer caso se plantea el problema respecto a dos cuestiones. En primer lugar, si ambas acciones (la de nulidad del CC y la del art. 38 de la LMV) resultan concurrentes o excluyentes; en segundo lugar, de resultar excluyentes, si ambas serían viables o sólo una de ellas, ya que si bien el planteamiento fáctico sería semejante para una u otra, las consecuencias, caso de resultar su acogimiento, serían distintas. Es decir, resultarían convergentes en cuanto al supuesto de hecho, pero divergentes respecto a la consecuencia jurídica.

En efecto, la acción de nulidad conllevaría los efectos "ex tunc" que señala el art. 1.303 del CC, de manera que el negocio de adquisición habría quedado ineficaz con la recíproca devolución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, y por tanto del status anterior a dicho negocio, con la consiguiente pérdida del inversor de su cualidad de accionista con el efecto retroactivo correspondiente, lo que determinaría su condición de tercero frente al acto de resolución de la entidad, de modo que no le sería de aplicación la referida Ley 11/15, quedando así facultado para recuperar el importe invertido.

Por el contrario, la acción derivada del art. 38 de la LMV, cuyos efectos serían el resarcimiento de los daños y perjuicios dimanantes de la información inveraz, sí quedaría afectada por la citada Ley 11/15, con la consecuencia antes señalada, de manera que el inversor, a pesar de su adquisición basada en tan sesgada información, tendría que soportar las pérdidas, quedándole tan sólo la opción de poder, en su caso, beneficiarse del Fondo antes mencionado.

Nada se señala ni resulta de la normativa citada de la que extraer una respuesta clara a las mencionadas cuestiones, que se antojan ciertamente dudosas.

Podríamos ver, por el contrario, un ejemplo de ello en la LOE, cuando en su art. 17 regula una acción legal de responsabilidad de las personas intervinientes en el proceso constructivo, sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, y así lo dispone expresamente, lo que sin duda implica que ambas acciones pueden ejercitarse de modo cumulativo o individualmente o incluso alternativamente. Mas como acaba de indicarse, no se percibe ni vislumbra tal claridad en la normativa examinada en el caso que nos ocupa, ya que nada refiere expresamente al respecto.

Por su parte, sí podría servir de pauta el TRLDCU, que en su art. 117, relativo a la garantía de la adquisición de bienes de consumo, dispone que la acción derivada de dicha ley resulta incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, de donde se infiere que no podrían ejercitarse ambas al propio tiempo y con la misma categoría, sino una u otra, y si ambas, sólo con carácter subsidiario.

Entiende esta Sala, por lo expuesto, y en el trance de decidir, y como lo había entendido hasta el presente, que en el supuesto que se examina resulta perfectamente defendible, sin ocultar lo espinoso de la cuestión, la viabilidad tanto de la acción de nulidad (mas propiamente anulabilidad o nulidad relativa), como la dimanante del art. 38 de la LMV, si bien sin que sea posible el ejercicio conjunto de ambas, sino de una u otra, y a lo más con carácter subsidiario.

Esto así, y teniendo presente el hecho ya señalado de la falsedad informativa, ha de dirimirse si tal circunstancia pudo determinar el vicio en el consentimiento, y al respecto ha de concluirse que así ha sido.

La sentencia referida anteriormente de esta Sala de fecha 29-11-2018 declaró: "*Respecto al error como vicio de consentimiento en relación con el deber de información de las entidades de servicios de inversión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24-10-2017, antes mencionada, cita de la del TS de 2-2-2017, que a su vez cita otras varias de dicho Alto Tribunal, viniendo a declarar entre otras cuestiones lo que sigue: "En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre*



las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

Más adelante apunta: "En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta Sala en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero, entre otras."

"La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente."

Finalmente declara que "El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran que "[c]omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)".

A mayor abundamiento, como se declara en la sentencia antes citada: "Es precisamente en el mes de junio de 2.016, cuando la entidad manifestaba que tenía sólo unas pérdidas de 35 millones de euros cuando se realiza la ampliación de capital, siendo significativo que en el documento de registro del **Banco PopularBanco Popular Español, S.A.** respecto a la ampliación de capital (documento nº 3 de la contestación a la demanda) no se incluya una previsión o estimación de beneficios, cuando lo lógico es que quien adquiere una parte de una sociedad es porque en principio, a salvo de futuros avatares, se le ofrece un beneficio o ganancia. Entiende este Juzgador que a la vista de las pérdidas que aparecen en diciembre de 2.016, que las ganancias que aparecían en marzo de 2.016 y las pérdidas de junio de 2.016 no eran reales. Luego se desencadenó un procedimiento que se inició con la comunicación de hechos relevantes y terminó con la decisión de la Comisión Rectora del FROB adoptando, el 7 de junio de 2.017, 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. Medidas demostrativas de la extraordinaria gravedad de la situación financiera en que se encontraba la parte demandada, que no parece que surgieran de la noche a la mañana, si se repasan las cuentas anuales que aprobaba la entidad demandada, de un año a otro no se originaba un resultado de este tipo, siendo llamativa la constatación de pérdidas por los valores que se han indicado, que no puede obedecer a meros avatares económicos o al riesgo empresarial".

En consecuencia, y como se concluye en la sentencia ya citada de este Tribunal, ha existido por parte de quien reclama un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no lo era tal, o por más decir, de esperanza de una positiva rentabilidad futura que, como se ha visto, no sólo no aconteció, sino que le produjo una pérdida de su inversión. Por tanto, se aceptan y ratifican los argumentos expuestos por el Sr. Juez de instancia".

SEXTO.- En consecuencia, el recurso se acoge en parte, ya que ha de rechazarse, por carencia de legitimación, la pretensión atinente a las acciones adquiridas el 4-4-2016, manteniendo la declaración de nulidad por error en el consentimiento del resto de los títulos adquiridos.

En cuanto a las costas, y sin necesidad de acudir al argumento de las dudas jurídicas a las que se ha hecho referencia, el parcial acogimiento del recurso, y por ende de la demanda, ha de conllevar su no expresa imposición en ambas instancias (art. 394-2 y 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por **Banco Santander**, S.A. contra la sentencia dictada en fecha nueve de enero de dos mil diecinueve por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** en el sentido de entender



como parcial la estimación de la demanda, fijando la cuantía de la condena impuesta en 13.926,25 euros (trece mil novecientos veintiséis euros con veinticinco céntimos).

Se confirma en lo demás la recurrida.

No procede expresa condena en cuanto a las costas de ambas instancias.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Frente a esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

Mi discrepancia con la mayoría es en cuanto a la declaración de nulidad por error en el consentimiento del negocio de adquisición de acciones en el mercado primario con motivo de la oferta de títulos por la ampliación de capital, de acuerdo con lo que sigue:

Como es bien sabido el objeto del proceso se identifica, entre otros elementos, por la causa de pedir que, a su vez, se compone de un elemento fáctico y otro jurídico que debería tener expreso reflejo en la demanda (art. 399.2 y 3 LEC) y también en la sentencia del proceso (art. 209.3 LEC), que ha de guardar, respecto de ellos, el deber de congruencia (art. 218.1 LEC).

Pues bien, la acción que asiste al adquirente de títulos valores en el mercado primario frente al emisor del folleto no deriva del negocio de adquisición, sino que la responsabilidad del emisor por el contenido del folleto es de carácter legal y no, como así ocurre, respecto de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, de carácter contractual; ambas acciones operan en planos distintos, la acción de anulabilidad ataca y afecta a la eficacia del negocio de adquisición, mientras que la derivada del art. 38 LMV lo hace en el ámbito de las consecuencias patrimoniales negativas que pudieran derivarse del negocio de adquisición para el inversor.

Se trata, pues, de lo que en la doctrina científica se entiende por concurrencia de normas, por oposición a la concurrencia de acciones en sentido propio; en esta última (supuesto típico es el de resarcimiento del daño tanto derivado de un hecho cuya calificación como culpa contractual o extracontractual pudiera ofrecer dudas que pudieran ser resueltas por la teoría de la unidad de la culpa civil) existe identidad en cuanto al elemento fáctico de la causa de pedir y lo que se pide, es decir, se da unidad de fin entre ambas acciones, mientras que en el primer caso (concurso de normas) la identidad sólo es en cuanto al componente fáctico de la causa de pedir pero no respecto de la tutela pretendida, ni menos del elemento jurídico o normativo de la causa de pedir.

En el caso de adquisición de valores cotizables en un mercado secundario adquiridos con carácter primario la responsabilidad del emisor del folleto frente al adquirente del título es, ya se ha dicho, de base legal y objetiva pero no ataca al negocio de adquisición, sino que protege al inversor frente a las consecuencias negativas patrimoniales derivadas del negocio de adquisición

Si esto es así, fácilmente se advierte que no es posible el ejercicio conjunto de la acción de ineficacia del negocio por error y de responsabilidad del emisor de acuerdo con la norma sectorial del mercado de valores, porque ambas acciones son excluyentes e incompatible el resultado de una y otra; luego, en consecuencia, la invocación en la demanda de los preceptos relativos a una y otra acción de forma conjunta e indiscriminada no es acertada porque, se repite, su apreciación positiva conduciría a resultados distintos e incompatibles.

Como es que es indudable la identidad del componente fáctico de la causa de pedir de la acción de anulabilidad con la propia descripción que del supuesto de responsabilidad del emisor del folleto hace el art. 38 LMV (los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las información falsa u omisiones de datos relevantes), se impone interrogarse sobre si las tan dichas acciones, además de no poder ejercitarse de forma concurrente son excluyentes en el sentido de que no puede pretenderse la tutela que de una y otra resulta, ni aún ejercitadas separadamente.

Esto se dice porque como antes se apuntó el elemento fáctico de la causa de pedir con motivo del ejercicio de la acción de anulabilidad por error necesariamente va a sustentarse en uno de los elementos normativos que configura el supuesto de responsabilidad del emisor del folleto, esto es, la falsedad en los datos o la omisión de factores relevantes, y esta confrontación parece que no puede resolverse si no es estableciendo una jerarquía normativa respecto del supuesto de hecho acudiendo al principio de especialidad, es decir, al régimen de responsabilidad de la regulación sectorial del mercado de valores, con la consecuencia de que el



adquirente del título tendría derecho al resarcimiento del perjuicio patrimonial derivado de la adquisición, pero no a la anulación del negocio de adquisición.

El sistema regulatorio del mercado de valores viene presidido por los principios de transparencia y protección del inversor, pero también de eficiencia del mercado y, en concreto, el mercado de títulos cotizables en Bolsa viene caracterizado por el acusado rasgo de la despersonalización, lo que nos lleva a defender el criterio de la especialización y aunque, no sin ciertas dudas, que debió rechazarse la petición de declaración de anulación del negocio de adquisición de acciones en el mercado primario.

En OVIEDO a diez de abril de dos mil diecinueve.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ