



Roj: **SAP O 1248/2019 - ECLI:ES:APO:2019:1248**

Id Cendoj: **33044370052019100146**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **26/04/2019**

Nº de Recurso: **123/2019**

Nº de Resolución: **160/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA OVIEDO**

**SENTENCIA: 00160/2019**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000123 /2019

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintiséis 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 697/18, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **123/19**, entre partes, como apelante y demandada **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador Don Salvador Suárez Saro y bajo la dirección de la Letrado Doña Raquel Sarrión Alcantud y como apelada y demandante **DOÑA Catalina**, representada por el Procurador Don José Manuel López Carbajo y bajo la dirección del Letrado Don Antonio del Castillo Alonso.

#### **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 veintitrés de enero de dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. López Carbajo, en nombre y representación de doña Catalina, frente a la entidad **Banco Santander**, S.A y declaro la nulidad de las compras de derechos de suscripción preferente y de acciones de **Banco PopularBanco Popular** realizadas por la actora, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato y en concreto, la parte demandada ha de restituir a la parte actora el principal invertido (10.835,14 euros), con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la compra.

Sin imposición de costas."

**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 la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**



**PRIMERO.**- Por la actora Doña Catalina se promovió demanda de juicio ordinario frente a **Banco PopularBanco Popular** Español, S.A. (actualmente **Banco Santander**, S.A. por absorción), solicitando se dicte sentencia en la que se declare que procede anular el contrato orden de suscripción-adquisición de acciones en la ampliación de **Banco PopularBanco Popular** Español, S.A. de 20 de junio de 2.016, por un total de 10.835,14 €. Concretamente, el 8 de junio de 2.016 compró los derechos para ir a la ampliación y así adquirió 8.204 títulos por un importe de 1.312,64 € y el 20 de junio de 2.016 adquirió 7.618 títulos de acciones de la ampliación de capital de 2.016 por un importe de 9.522,50 €. El contrato se concertó entre Doña Catalina y la entidad bancaria demandada, solicitando la anulación del contrato por concurrir error- vicio del consentimiento o subsidiariamente por dolo del emisor de los títulos, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a devolver a la actora la cantidad de 10.835,14 € o el efectivamente invertido, más los intereses correspondientes desde su fecha. Subsidiariamente, para caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la resolución del indicado contrato de compra de acciones de ampliación **Banco PopularBanco Popular** Español, S.A. y otros conexos por incumplimiento esencial del emisor, restituyéndose ambas partes sus prestaciones o bien, si no se estima ello, que se declare la responsabilidad del emisor por dar información inveraz al informar de la existencia de un patrimonio neto millonario y positivo que no ha sido tal, y ello al amparo de la Ley del Mercado de Valores vigente o por incumplimientos civiles, condenando a la demandada a indemnizar a la actora en 10.835,14 €, más el interés legal.

Alega la actora que con ocasión de la ampliación de capital de la entidad demandada adquirió primero derechos para ir a la ampliación y posteriormente adquirió acciones, invirtiendo un total de 10.825,14 €. Se sostiene que la adquisición se hizo confiando en la información que estaba dando la demandada sobre la solvencia de la entidad. Pero la realidad fue que la situación financiera y patrimonial de la misma no era la que se publicitaba y ello abocó a que en un año se produjera la caída total del valor de las acciones y la venta del **Banco PopularBanco Popular** al Santander por un euro, perdiendo las acciones todo su valor. De ahí que se solicite se dicte sentencia en los términos expuestos.

A la pretensión actora se opuso la parte demandada, quien invocó la falta de legitimación pasiva en relación con los derechos de adquisición preferente adquiridos el 8 de junio de 2.016 en el mercado secundario, pues alega que en tal operación no tuvo intervención la entidad demandada. Seguidamente se alega, frente a la acción de anulabilidad ejercitada por la demandante y amparada en los preceptos del CC, que éste actúa de forma supletoria en la contratación mercantil, existiendo la norma específica como es el art. 38.3 de la Ley de Mercado de Valores sobre la responsabilidad por la información del folleto. En cualquier caso, se niega la concurrencia de vicio del consentimiento y se señala que las acciones son un producto no complejo y que está sometido a las variaciones de mercado; igualmente se manifiesta que en la nota de la emisión se informó de los concretos riesgos asociados a la emisión, siendo la nota aprobada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Manifiesta la entidad bancaria que no hubo ocultación alguna de su situación financiera, habiéndose dado publicidad a todos los hechos relevantes, informándose a los accionistas de las circunstancias que iban acaeciendo. Por todo ello, concluye interesando la desestimación de la demanda.

La Juzgadora "a quo" dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad de las compras de derechos de suscripción preferente y de las acciones de **Banco PopularBanco Popular** realizadas por la actora, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulta 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 (10.835,14 €) con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la compra. Contra esta resolución interpuso la entidad bancaria el presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.**- La entidad apelante, tras remitirse a los fundamentos jurídicos contenidos en la contestación a la demanda y citar varias sentencias, dos de Secciones de esta Audiencia y una tercera de otra Audiencia Provincial, contrapone la fundamentación jurídica de la Juzgadora "a quo" con las resoluciones de esta Audiencia, que mantuvieron criterios distintos al sostenido en la recurrida. En segundo lugar señala que en la recurrida se toma en cuenta los argumentos del informe pericial practicado a instancias de la demandante, y emitido por el Sr. Pedro, cuyas conclusiones se estiman rebatidas en la práctica de la prueba pericial de Don Raúl, perito de la parte demandada. Asimismo se señala que en la sentencia recurrida se omite un documento crítico a los efectos de resolver el pleito, que es el informe de la auditoría de PWC, alegando que la auditoría se configura como la actividad que mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de la información económica financiera auditada, y que el informe de auditoría realizado por PWC de la información financiera de la demandada cumple los requisitos de independencia, objetividad, profesionalidad y todos aquellos predicables a los peritos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo se reitera la veracidad y exactitud del folleto aludiendo a las circunstancias que sucedieron durante las semanas previas al 7 de junio de 2.017 que provocaron la falta de liquidez del Banco y su consiguiente resolución. Igualmente se señala que en aplicación de lo dispuesto en el Rgto. 806/2014, la JUR



encargó a Deloitte la elaboración de un informe provisional de valoración del **Banco PopularBanco Popular**, si bien sobre este informe ha de tenerse en cuenta en primer lugar que está basado en la información disponible a 31 de marzo de 2.017 y en segundo lugar que el informe fue elaborado sobre la base de la decisión de la JUR de ordenar la disolución de **Banco PopularBanco Popular**.

Expuestos los términos del debate, debe señalarse con carácter previo que en el presente caso nos encontramos con unas adquisiciones realizadas en el mercado primario, y así se comparte la argumentación de la juzgadora "a quo" cuando señala que considera legitimada pasivamente a la demandada en lo relativo a la acción por la que se solicita la nulidad el contrato por concurrir vicios de consentimiento, y ello conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "pues, además, es evidente que la compra de los derechos de suscripción preferente iba encaminada a la posterior participación de la demandante en la ampliación de capital. Así lo ha entendido también nuestra Audiencia Provincial en su sentencia de 17 de octubre de 2.018 (Sección Cuarta)".

Este Tribunal ha tenido en cuenta la diferencia entre la adquisición de las acciones en el mercado primario y en el secundario, y así en la sentencia recaída en el rollo de Sala 99/19 se declaró: " *Como es sabido por mercado primario se entiende aquel 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 Ley del Mercado de Valores 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 en seguida 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 del CC ) con el supuesto en que la demandada no es una de las partes contratantes en el negocio adquisición ...*".

Pues bien, como ya se ha dicho, en el presente caso nos encontramos con adquisiciones de carácter primario, extremo que referido a la emisión de acciones del **Banco PopularBanco Popular** ha sido examinado en varias resoluciones de esta Sala, siendo la más reciente la resolución recaída en el rollo de apelación 84/19, sentencia de 10-4-2019, en la que se examina una apelación interpuesta contra una sentencia dictada por el mismo órgano, esto es el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo, que es objeto del presente recurso. Pues bien, en dicha resolución, que contempla un supuesto análogo al de autos, declaramos: " *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 Popular Banco 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 Victorio, 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. Victorio , concluyendo que no resultaba lógico ni explicable que de ser reales las cuentas presentadas, se pudiese 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. Victorio 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 conllevaría 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 ."; y más adelante se añade " 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".

En análogo sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de 26 de noviembre de 2.018, en la que se declara en un supuesto de adquisición de acciones del **Banco PopularBanco Popular** en el que la actora alegaba que había habido vulneración de normas imperativas, que se ha incurrido en dolo y/o error que vicia el consentimiento, y que es procedente la condena a la demandada a reintegrar la cantidad que satisfizo, más intereses y costas. Y en el que el **Banco PopularBanco Popular** Español se opone alegando que el producto adquirido son acciones, de funcionamiento conocido y sencillo, que los problemas que atravesó el Banco no se debieron a que se presentara una situación financiera incierta sino a la retirada masiva de depósitos ocurrida muchos meses después de la adquisición de las acciones, que el riesgo de la inversión no puede desplazarse al Banco, que el folleto se ajustaba a la realidad, que no se vulneraron normas imperativas, que no hay justificación para el dolo o el error pretendido, y que por todo ello, y lo demás que esgrime, procede la desestimación de la demanda. Por su parte la sentencia de Primera Instancia en la que se desestima la pretensión del actor y se absuelva a la entidad bancaria se declara: " 12.- Son hechos que la sentencia de instancia declara expresamente probados por ser notorios, conforme al art. 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34) (LEC), y que no han sido combatidos ni por el recurrente al apelar, ni por el apelado al contestar el recurso, los siguientes que se reproducen literalmente:

12.1.- En el 2.016 **Banco PopularBanco Popular** tuvo problemas de capitalización, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2.016 que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2.016 por 2.505 millones de euros; previamente en el año 2.012 se había realizado otra ampliación de capital.





12.2.- Sus cuentas habían sido auditadas por Pricewaterhouse (PwC) que indicó un patrimonio neto de 12.423 millones de euros y así se comunicó a la CNMV.

12.3.- El folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones fue depositado en la CNMV.

12.4.- En dicho folleto se advertía de una serie de riesgos de los valores como era el no poder pagar dividendos y la volatilidad e imprevistos que pueden conllevar significativos descensos. Además en su introducción se refería a la incertidumbre derivada de los procedimientos judiciales y reclamaciones judiciales, concretamente de los relativos a la Cláusula suelo, la entrada en vigor de la circular 4/2016, el crecimiento económico más débil, la preocupación por la rentabilidad financiera, la inestabilidad política; y se refería a las posiciones dudosas e inmobiliarias del grupo que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, lo que de ocurrir ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible. Añade el folleto que "Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos". Así mismo aludía al entorno macroeconómico y sectorial y expresamente se refería a su inestabilidad y a una incertidumbre creciente y a nivel de España consideraba una ralentización de la economía. Exponía las ventas que a otras entidades se había realizado del negocio y concretaba (folio 9 y siguientes) como riesgos del negocio del grupo los derivados de la cláusula suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad que se generen pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el causado por los activos adquiridos en pago de deuda, la refinanciación, los riesgos derivados de la operativa sobre acciones propias, el riesgo de reputación... Por último en el folleto se aludía al riesgo regulatorio y concretamente al MUR (riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa que es lo que ha ocurrido).

12.5.- Entre el 28 de mayo y el 11 de junio de 2.016 se hizo la oferta pública para acudir a la misma y que tuvo grandemanda (según diversos medios de comunicación hay una demanda de más del 35 % de lo ofrecido).

12.6.- Suscritas las acciones comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2.016, y a negociarse el día siguiente.

12.7.- Tras la ampliación de capital y a pesar de ella se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación que dan noticias poco atractivas como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias... todo lo cual conduce a una crisis de liquidez.

12.8.- En febrero de 2.017 se publican los resultados del **Banco PopularBanco Popular** del ejercicio anterior reconociendo pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros (informe anual que el banco cuelga en su página web).

12.9.- El día 3 de abril de 2017 se comunica por **Banco PopularBanco Popular** a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un hecho relevante, exponiendo que tiene que provisionar 123 millones de euros más para afrontar riesgos, provisionar otros 160 millones de euros por determinados créditos, dar de baja garantías y otros semejantes.

12.10.- El 11 de mayo de 2.017 **Banco PopularBanco Popular** emite otra comunicación de hecho relevante a la CNMV en el que "niega categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco... ni la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos".

12.11.- El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 " la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 (LCEur 2014, 1445) por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano". Y la JUR decide el mismo día "declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma", al valorar que el **Banco PopularBanco Popular** "está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público". Ello supone que el **Banco PopularBanco Popular** sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

12.12.- El FROB, el mismo día 7 de junio, dicta una resolución que conlleva que el 8 de junio de 2.017 se amorticen las acciones y seguidamente se decretó su venta al **Banco Santander** por un (1) euro.

12.13.- La Decisión SRB/ees/2017708 de la JUR indica que "con carácter previo a la adopción de su decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar, ha recibido la valoración realizada por un experto independiente... De la referida valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de





dos mil millones de euros negativos (2000) y en el más estresado de ocho mil doscientos (8.200) millones de euros negativos. La valoración... ha informado la decisión de la JUR sobre la adopción del instrumento de venta del negocio...".

12.14.- En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del **Banco PopularBanco Popular**, pero que a diciembre de 2.017 no es público y se indicaba por E.K., presidenta de la Junta Única de Resolución que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander. Algunos medios de comunicación refieren que el informe contiene una valoración en tres escenarios. En el más perjudicial el valor de la entidad sería de -8.200 millones de €, en el intermedio -2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

12.15.- La comisión de investigación del Congreso de los Diputados pidió el informe a la Unión Europea, pero no se facilitó por lo que se recurrió tal negativa de la JUR a facilitar el informe quien en fechas recientes ha indicado que lo hará público a los interesados.

12.16.- Mientras en septiembre el **Banco Santander** ha hecho una oferta a los antiguos accionistas de lo que se ha venido en llamar "bonos de fidelización", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, que se denominan "obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal". Si bien se solicita que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander.

12.17.- El 30 de octubre de 2.017 un acreedor del **Banco PopularBanco Popular** solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid la declaración de concurso necesario de tal entidad, que se admitió a trámite y fue rechazada el 13 de noviembre.

12.18.- El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por la ampliación de capital del **Banco PopularBanco Popular** en 2016. Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida.

13.- El recurso de apelación se centra, esencialmente, en la afirmación de que existe error, cuestionando la valoración de la prueba de la sentencia recurrida. Lo hace exponiendo las razones por las que considera que la entidad bancaria había disimulado su verdadera situación patrimonial, que en plazo muy breve desde la oferta pública de suscripción de acciones le ha conducido a la desaparición. Añade que en su caso habría dolo, o incluso vulneración de normas imperativas, reiterando las tesis de la instancia.

14. - Como premisas para resolver se tendrá en cuenta, en primer lugar, que la acción ejercitada no se fundamenta en la responsabilidad por folleto a que alude el art. 38.1 del RDL 4/2015, de 23 de octubre (RCL 2015, 1659), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV). El apelante funda su pretensión en una errónea representación de la situación económica y financiera de la entidad emisora, que entiende vicia su consentimiento por haberse presentado como favorable cuando era negativa, escamoteando información precisa sobre su verdadero estado, que de haberse conocido, le hubiera determinado a no suscribir las acciones. Por lo tanto, en el error del art. 1.266 CCv (LEG 1889, 27), y en su caso, dolo o infracción de normas imperativas.

15.- En segundo lugar hay que resolver atendiendo a que las acciones no constituyen un producto complejo, ni de un riesgo desconocido o especial. Es un instrumento habitual para invertir, conocido con carácter general, que acarrea las incertidumbres propias de la oscilación de mercado. No son, por tanto, producto complejo en el sentido en que en la actualidad entiende el art. 217 TRLMV (RCL 2015, 1659), por lo que las normas que obligan a facilitar información contractual suficiente no son de aplicación al caso, lo que no impide que cuando se publicita una determinada situación patrimonial, elementales deberes de buena fe, derivados tanto del principio general contenido en el art. 7.1 CCv (LEG 1889, 27), como del art. 1.258 CCv (LEG 1889, 27) para los contratos, supongan que no pueden escamotarse datos decisivos o presentarse de forma sesgada o incompleta, dando a entender una situación que no se corresponde con la realidad.

16.- Finalmente además de los hechos probados declarados en la instancia hay que añadir que está acreditado, por admitido por las partes, que D. XXX participó en la oferta pública de suscripción de acciones de **Banco PopularBanco Popular** referida a la ampliación de 2.016, comprando el 22 de junio de 2.016, en la oficina de dicha entidad de la calle de Bilbao, acciones por valor de 5.265 €, que tras la resolución del banco han quedado reducidas a valor cero euros, sin que haya recibido ningún producto sustitutivo o indemnización.

Sobre el error: la pretendida retirada masiva de fondos 17.- En el primer motivo del recurso el apelante sostiene que la prueba disponible debiera haber conducido a considerar acreditada la concurrencia del error vicio del consentimiento previsto en el art. 1.266 CCv (LEG 1889, 27). Comparte con la sentencia recurrida que



para apreciarlo lo decisivo es constatar si las cuentas del banco en el momento de acordar la ampliación de capital reflejaban la situación real de la entidad, pero discrepa en la valoración de la prueba, pues entiende que la disponible permite alcanzar dicha convicción, que la sentencia recurrida aparta por considerar dudoso lo afirmado, ya que podría haberse ocasionado, también, por la crisis de liquidez que el banco señala como causante de su posterior resolución.

18.- La sentencia de instancia descarta que haya error por considerar que la prueba no es concluyente respecto de la falta de veracidad del folleto que sirvió para diseminar la información sobre la ampliación de capital de **Banco PopularBanco Popular** en 2.016, aportado como doc. nº 3 de la demanda, folios 51 y ss. de los autos. Dice en su fundamento jurídico quinto que "... parece intuirse que las cuentas auditadas por PwC no se acomodaban a la realidad financiera de **Banco PopularBanco Popular**, por cuanto si el banco era solvente y tenía beneficios, no habría tenido que ser resuelto por la JUR...", pero que "... la realidad puede ser más compleja, ya que se dice también por los medios de comunicación, que lo que motivó esta decisión fue la fuga de depósitos de los últimos meses...", como declara probado en §12.7. Aplicando entonces las reglas del art. 217 LEC (RCL 2000, 34) entiende que el actor no ha acreditado que haya información errónea o inveraz, lo que determina la desestimación de la demanda, como en una situación semejante, y también por falta de prueba, ha decidido la SAP Asturias, Secc. 6ª, 298/2018, de 16 de julio (JUR 2018, 262496), rec. 282/2018 .

19.- Las cuentas del banco y el folleto, al momento de acometerse la ampliación de capital que da lugar a la oferta pública de adquisición de acciones, permiten difundir públicamente una información que tenían en cuenta los inversores para decidirse a suscribirla. Este efecto de "diseminación" de la información que se facilita en el folleto de una oferta pública de esta clase se ha puesto de manifiesto en STS 23/2016, de 3 febrero (RJ 2016, 2), rec. 541/2015 . De manera que leído o no el folleto por el adquirente, lo que propició el folleto es un conocimiento general de la situación de la entidad, de los riesgos que apuntaba, y de las expectativas que sugería.

20.- Si las cuentas y el folleto facilitan datos correctos, no hay base para el pretendido error. Pero mantiene el apelante, con apoyo en los hechos probados de la sentencia recurrida, que en apenas un año una entidad que se presentaba solvente desapareció. Donde había expectativas de beneficios y dividendos, se pasa a pérdidas de tal magnitud que han supuesto la resolución del banco. Esa desaparición no tiene que ver, dice el apelante, con la retirada masiva de fondos, sino que es consecuencia de una comprometida situación patrimonial que se ocultó para capitalizar el banco con aportaciones de los suscriptores de la ampliación de capital.

21.- Las comprensibles dudas que se plantea la sentencia recurrida se basan en que la descapitalización de la sociedad podría ser causada por la retirada masiva de fondos, declarada probada en §12.7, en lugar de por una situación patrimonial comprometida. Tal tesis se mantiene igualmente por la parte apelada. Sin embargo no parece que pueda considerarse que la retirada masiva de fondos, que ahora se esgrime como causa principal de la resolución del banco, se haya acreditado. Al contrario, la comunicación de un hecho relevante que verifica **Banco PopularBanco Popular** a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de mayo de 2017, que se aportó como doc. nº 7 de la demanda (folio 73 de los autos), lo que afirma es que "es falso igualmente que haya datos de la Asociación Española de Banca que manifiesten que el banco perdiera 6.000 millones de euros de depósitos en el mes de Enero".

22.- El propio **Banco PopularBanco Popular**, menos de un mes antes de su resolución por la JUR, asegura que no hay retirada masiva de depósitos, comunicándolo como hecho relevante a la CNMV. Parece, por tanto, que la explicación de las dificultades patrimoniales de la entidad emisora de las acciones no puede tener como origen una retirada importante de fondos, que indudablemente hubo, ya que se protestaba por el propio **Banco PopularBanco Popular** en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero. La incertidumbre que recoge la sentencia de instancia debe ser matizada, ya que la prueba documental citada, pues no hay otra salvo las alegaciones del banco apelado, lo que pone de manifiesto es que hubo retirada de fondos, pero no masiva ni decisiva según el propio banco.

23.- Queda apartada, por tanto, la explicación que se sugería para justificar el claro empeoramiento de la entidad bancaria. Pero es preciso acreditar que las manifestaciones que se hacen en las cuentas que se auditaron, y los datos que se difundieron con el folleto, no se corresponden con la imagen de solvencia que se pretendía transmitir con las mismas, ocultándose una coyuntura mucho más grave, que de haber sido conocido podría haber limitado la gran demanda que tuvo la oferta pública de suscripción de acciones, tal y como se ha recogido en §12.5.

24.- Dice el apelante que ha tratado de acreditar que el banco emisor de las acciones ha presentado una información incompleta, que ocultaba su mala situación, con el fin de cubrir la ampliación de capital que pretendía superar su crisis. Señala como demostración de lo que afirma las propias cuentas anuales del banco, que se presentaron como favorables en más de 2.000 millones de euros cuando se deposita el folleto, para una vez suscrita la ampliación de capital, transformarse y proclamar pérdidas superiores a 3.485 millones de euros.



25.- Efectivamente consta aportado por el propio banco que las cuentas del ejercicio 2.016 (doc. nº 14 de la contestación para el tercer trimestre, folios 312 y ss., y nº 21 de la contestación para el cuarto trimestre, folios 342 y ss.), que se someterán a censura de la junta general de accionistas recogen "una pérdida contable de 3.485 millones €", pues así se da a conocer en la nota de prensa de 3 de febrero de 2.017, doc. nº 20 de la contestación a la demanda, folio 336 de los autos. Poco después, el 5 de mayo, se reconocen en otra nota de prensa "pérdidas de 137 millones € en el primer trimestre" de 2.017, por el esfuerzo en provisiones inmobiliarias, como evidencia el doc. nº 27 de la contestación a la demanda, folios 379 y ss. de los autos, refiriéndose al informe del primer trimestre de 2.017, doc. nº 28 de la contestación a la demanda, folios 378 y ss. de los autos.

26.- Con tales datos resulta que tras incorporar más de 2.500 millones de euros al capital social, merced a la ampliación de 2.016, se comienzan a producir pérdidas que alcanzan 3.485 millones de euros al terminar ese mismo ejercicio. El folleto advertía, como declaró probado la sentencia de instancia en §12.4, sin que se haya combatido, que de producirse merma del valor de los activos inmobiliarios tal circunstancia "...ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2.016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible...". El peor de los escenarios de los que advertía era ese, y sin embargo, las pérdidas que reflejan las cuentas anuales de 2.016 son de 3.485 millones de euros. Esos datos son indicio de que, como sostiene el recurrente, la situación patrimonial de **Banco Popular Banco Popular** en el momento en que se emiten las acciones que representan la ampliación de capital no es la que proclamaban las cuentas auditadas por Price Waterhouse Cooper en el doc. nº 6 de la contestación, folios 279 y ss., publicitadas en el folleto informativo. Porque si fueran ciertas, la incorporación de capital que propicia la ampliación de junio no daría lugar al volumen de pérdidas del ejercicio 2.016.

27.- Más que un acto propio, como sostiene el apelante, otro indicio que apunta a la incorrección de las cuentas que sirvieron para publicitar la oferta pública de suscripción de acciones del **Banco Popular Banco Popular** es el ofrecimiento que el adquirente del mismo tras su resolución, Banco de Santander, hizo a los antiguos accionistas. A él se refiere el hecho probado §12.6, que no ha sido cuestionado por las partes en esta alzada. Si las cuentas que se publicitaron y el folleto que se difundió eran correctos, no se entiende la razón de que se ofrezcan "bonos de fidelización", denominados "obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un

75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, con el único requisito de que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander. Si la situación patrimonial dada a conocer a través del folleto nada reprochable contenía, la exigencia de renunciar a unas acciones legales que no serían procedentes parece incoherente. Ese proceder añade otro indicio a los ya expuestos, que contribuye a la convicción de que las cuentas publicitadas reflejaban una situación patrimonial distinta a la real.

28.- **Banco Popular Banco Popular** sostiene que no es así, y que no se ha acreditado por el apelante que se ocultara la verdadera situación patrimonial del banco emisor de las acciones. Pero desde luego el demandante lo ha intentado, porque ha tratado de incorporar a los autos el informe de Deloitte al que se hace referencia en §12.14, sin que haya sido posible, al manifestar tal empresa que no la puede facilitar al ser propiedad de la JUR (folio 31 del rollo). El adquirente de las acciones trata de acreditar su aserto sin lograrlo y sin estar para él más cercana la fuente de prueba a que alude art. 217.7 LEC (RCL 2000, 34), viéndose privado de un informe que quizá contribuiría a esclarecer la verdadera situación patrimonial del banco antes y después de la oferta pública de suscripción de acciones.

29.- Es posible, por tanto, apreciar la concurrencia de los requisitos para apreciar el error invalidante del consentimiento. Lo hay al ser sustancial ( STS 10/2017, de 13 de enero (RJ 2017, 19), rec. 1900/2013 , o 89/2018, de 19 de febrero (RJ 2018, 539), rec. 1388/2015 ), pues como dice el art. 1.266 CCv (LEG 1889, 27) debe recaer sobre "la sustanciade la cosa" o "sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Elemento esencial para realizar la inversión es conocer la verdadera situación patrimonial del emisor de las acciones que van a suscribirse, y todos los indicios apuntan a que no se facilitaron correctamente, por lo que el adquirente se representó una realidad diferente a la verdadera.

30.- Además el error es excusable ( STS 741/2015, de 17 diciembre (RJ 2015, 6021), rec. 2204/2012 , 235/2016, de 8 de abril de 2.016 (RJ 2016, 1496), rec. 3264/2012 ), en tanto el folleto (doc. nº 3 de la demanda, folios 51 y ss. de los autos), no refleja la imagen fiel de la situación económico financiera del Banco, mediante una información que el art.37.1 TRLMV (RCL 2015, 1659) exige que permita, presentándose de forma fácilmente analizable y comprensible, que los inversores hagan "...una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores ". Por el contrario, el folleto proclama que al ser **Banco Popular Banco Popular** el "Banco Español con el negocio principal más rentable" (reverso folio 53),



"las expectativas a medio plazo son positivas" (reverso folio 55), se retornará gradualmente "a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas..." (folio 59), sin denotar una situación de cuantiosas pérdidas. Como se dijo en la STS 24/2016, de 3 febrero (RJ 2016, 1), rec. 1990/2015, en el caso Bankia , la difusión del folleto con información que no recoge la verdadera situación patrimonial del banco impide al adquirente superar el error, que se convierte así en excusable.

31.- En este mismo sentido se ha pronunciado la SAP Asturias, Secc. 5ª, 334/2018, de 3 octubre (AC 2018, 1415), rec. 346/2018 , que aprecia error en la adquisición al no cumplir **Banco PopularBanco Popular** "con el deber de información de modo claro, real y completo de su situación económica" (FJ 4º), lo que propicia "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". Como en ese caso, la prueba practicada en éste, los indicios apreciados al producirse inmediatamente una crisis que no procede de la retirada masiva de fondos, la aparente ocultación de la verdadera situación patrimonial del banco, el reconocimiento de la crisis inmediata a la ampliación de capital, la petición de renuncia a acciones para resarcir, y la prueba intentada y no obtenida por causas no imputables al adquirente de las acciones, permiten concluir que se incurrió en error que invalida el consentimiento y provoca la anulación de la operación de adquisición de las acciones ". En razón a lo expuesto, procede desestimar el recurso apelación interpuesto.

**TERCERO.-** Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por **Banco Santander**, S.A. contra la sentencia dictada en fecha veintitrés 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 **CONFIRMA**

Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

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.

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