

## JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 52 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 4 - 28020

Tfno: 914937096

Fax: 914937098

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0147862

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 893/2019**

Materia: Obligaciones

**Demandante:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. GABRIEL TOMAS GILI

**Demandado:** BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

### SENTENCIA Nº 106/2020

En Madrid, a de 23 de julio de 2.020. Dña. Ana Mercedes Merino Melara, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 52; habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario nº 893/2019 sobre acción de anulabilidad contractual seguidos a instancia de D. [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Tomás Gili y bajo la dirección letrada del Sr. Sánchez Romero contra la entidad Banco Santander S.A representada por el Procurador Sr. Codes Feijoo y bajo la dirección letrada del Sr. Pacheco Manchado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Procurador de los Tribunales, Sr. Tomás Gili en la representación acreditada en autos, presentó con fecha 3 de septiembre de 2.019 demanda de juicio ordinario ejercitando acción de nulidad de la compra de acciones realizada por el demandante a la demandada, a la que acompañaba documentos justificativos de su pretensión.

Por Decreto de fecha 9 de octubre de 2.019 se admitió a trámite acordando emplazar a la entidad demandada para que en término legal, compareciese y la contestase.

Por escrito de fecha 14 de noviembre de 2.019 el Procurador Sr. Codes Feijoo en la representación acreditada en autos presentó escrito de contestación a la demanda.

El día 22 de julio de 2.020 tuvo lugar la audiencia previa convocada, y tras admitirse únicamente prueba documental se declararon las actuaciones concluidas para sentencia.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.**

Ejercita la parte actora acción a fin de que se declare nula la compra de acciones adquiridas por el demandante el 20 de junio de 2.016 por importe de 2.375,50 euros.

Los fundamentos Jurídicos de la demanda hacen referencia al art. 1.266 del c.c. relativo al error.

Con carácter subsidiario se ejercita acción de responsabilidad contractual basada en la falta de cumplimentación por el Banco de sus deberes en la comercialización del producto.

La parte demandada alega en su contestación a la demanda la existencia de prejudicialidad penal. El demandante carece de legitimación activa en cuanto no acredita que mantuviera en su poder las acciones adquiridas en la ampliación de capital del año 2.016 en el momento de la resolución de la entidad.

La información facilitada por el Banco a los inversores como consecuencia de la ampliación contemplaba los diferentes riesgos de la operación, riesgos advertidos en el folleto y que se materializaron en los sucesivos trimestres, dada la elevada exposición al mercado inmobiliario y a operaciones de crédito en situación de incumplimiento por los clientes, que provocaron elevadas provisiones.

Tras la ampliación de capital de 2.016, BP actuó en todo momento con transparencia, comunicando a sus accionistas y al resto del mercado la información que iba sucediendo sobre su situación financiera. Las circunstancias que se sucedieron durante las semanas previas al 7 de junio de 2.017 provocaron la falta de liquidez del Banco y su consiguiente resolución.

La acción de anulabilidad por error en el consentimiento no resulta de aplicación, el cc sólo opera de manera supletoria en la contratación mercantil. No existió el dolo alegado en la actuación de la entidad financiera.

Los folletos informativos tanto de la ampliación de 2.012 como el de 2.016 advirtieron de los concretos riesgos asociados a la emisión. Ambas ampliaciones de capital fueron acompañadas de un plan estratégico que trataba de abordar las significativas dificultades que atravesaba la entidad. BP actuó en todo momento con transparencia, comunicando a sus accionistas y el resto del mercado la información que se iba generando. Esta información fue objeto de constante cobertura por los medios.

### **SEGUNDO.**

Respecto a la prejudicialidad alegada cabe señalar que el art. 40.2 de la LEC establece la suspensión del procedimiento civil cuando se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil y que la decisión del tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil;



asimismo deberá acreditarse que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal puede tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

El art. 40.4 de la LEC determina que cuando la suspensión venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados, se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que existe causa criminal sobre aquel delito, y a juicio del tribunal el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

En el supuesto que nos ocupa BSCH, SA ubica la prejudicialidad penal en la admisión de un documento de la demanda, que entiende es propio del procedimiento penal, y que muestra la evidente unión intrínseca entre los elementos de esta litis y los que se ventilan en la Audiencia Nacional. Argumento que no puede fundamentar la prejudicialidad alegada.

Como señala la STS de A de abril de 2013 "para que resulte procedente la suspensión por prejudicialidad penal, el art. 40.2 LEC no sólo exige, en el apartado 1º, la existencia de una causa criminal por unos hechos de apariencia delictiva que fundamenten las pretensión del proceso civil, sino también, en el 2º, que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que procede la causa criminal pueda tener un Influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil" y en este caso esa proyección o influencia no se produce.

Para sustentar la prejudicialidad lo decisivo es identificar que el hecho determinante de la consecuencia civil pretendida sea el mismo que deba considerarse penalmente ilícito, porque como ya recordaba la STC 77/1983 "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos de! Estado", y en ese sentido se expresa con claridad el art. 114 de la ley de Enjuiciamiento Criminal que se refiere a que no pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho.

Y como ya se ha dicho un hecho es la gestación de la ampliación de capital (objeto de la causa penal) y otro la información que se trasladó, la adecuación del producto, el perfil del cliente, el cumplimiento de la diligencia exigible al profesional en la gestación del contrato de adquisición de valores, que se asegurara de la comprensión de los riesgos por el cliente, y todas las demás circunstancias concretas que el demandante alega para sustentar su pretensión.

Es posible que se haya cometido un delito de falsedad en los términos del art. 290 del C.P, por el que se sigue la referida causa penal, pero dicha falsedad en relación con los documentos aportados, no se considera decisiva para resolver el fondo del asunto, pues resulta notorio que sin necesidad de ellos se puede tener por acreditada que la imagen de solvencia que la entidad demandada proyectó cuando efectuó su oferta de suscripción de acciones no era correcta y no reflejaba la verdadera situación económica.

Siendo esta apariencia de solvencia y fiabilidad de la suscripción lo que según el demandante le indujo a comprar acciones, para resolver dicha cuestión no es preciso que recaiga sentencia en el orden penal que declare que las cuentas presentadas eran falsas, quienes eran sus autores y cuáles sus responsabilidades penales o civiles.



En base a lo expuesto se acuerda desestimar la excepción de prejudicialidad penal.

En el presente supuesto tal y como se acredita con el documento nº 2 aportado a la demanda la parte actora adquirió en el mercado secundario acciones de Banco Popular a través de otra entidad financiera distinta, CaixaBank, quien actuó como intermediaria en esta operación de compraventa.

Dicha circunstancia determina la necesidad de examinar la falta de legitimación pasiva –cuestión apreciable de oficio- y respecto a las acciones adquiridas en el mercado secundario cabe estar a lo resuelto por el T.S en ST 371/2.019, de 27 de junio (Sala de lo Civil reunida en Pleno), que acaba con la Jurisprudencia contradictoria existente sobre dicha cuestión, y señala: “ La compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de éste se transmitan al comprador a cambio del pago por éste de un precio.

Respecto de la relación jurídica nacida de un contrato de compraventa, frente al ejercicio por el comprador de la acción de anulabilidad por haber prestado su consentimiento viciado por error, la legitimación pasiva no le corresponde más que al vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno.

Bankia solo estaría legitimada pasivamente si se hubiera ejercitado una acción de indemnización por daños y perjuicios por defectuoso asesoramiento o por inexactitud de folleto”.

De conformidad con dicha doctrina procede declarar la falta de **legitimación pasiva de la entidad demandada en el presente procedimiento para soportar la acción** anulabilidad por vicio del consentimiento, respecto a la adquisición de fecha 20 de junio de 2.016.

### **TERCERO.**

Para el examen de la acción subsidiaria ejercitada (contractual y respecto a la cual el demandante está plenamente legitimado) debe partirse de los hechos notorios, y por ende no necesarios de acreditar, de acuerdo con el art. 218.4 de la LEC, recientemente expuestos en ST de la A.P de Madrid (sección 8º) de fecha 20 de enero de 2.020 nº recurso 713/2.019 que refiere:

1. La entidad BANCO POPULAR acordó en su Junta General de 11 de abril de 2016 una ampliación de capital, concretada y ejecutada en la reunión del órgano de administración de 25 de mayo de 2016. Las condiciones del aumento de capital consistieron en la emisión de 2.004.441.153 acciones con un valor nominal de 0,5 euros una prima de emisión unitaria de 0,75 euros, con reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor de los accionistas del banco, y un importe efectivo total de 2.505.551.441,25 euros. Durante el período de suscripción preferente se solicitaron 722.016.168 acciones adicionales, por lo que la operación se concluyó con una demanda total de 135,75% del importe de la ampliación (3.401.300.000 euros).



A instancias del banco, PRICEWATERCOOPERS AUDITORES, S.L., emitió informe previo de 26 de mayo de 2016 de revisión limitada de estados financieros intermedios consolidados resumidos, advirtiendo expresa e inicialmente " que en ningún momento podía ser entendida como una auditoría de cuentas", en el que se hacía constar que "no ha llegado a nuestro conocimiento ningún asunto que nos haga concluir que los estados financieros intermedios adjuntos del periodo de tres meses terminado el 31 de marzo de 2016 no han sido preparados, en todos sus aspectos significativos, de acuerdo a los requerimientos establecidos en la Norma Internacional de Contabilidad ( NIC ) 34, Información Financiera Intermedia, adoptada por la Unión Europea ".

2. El 26 de mayo de 2016 la CNMV publicó como Hecho Relevante del Banco Popular la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad.

El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constando que "con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista" y "aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que "tras el Aumento de Capital, Banco Popular dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializasen parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de coberturas durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Banco Popular tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. Banco Popular ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018".

3. En el Folleto de la OPS (documento de registro del emisor y nota sobre las acciones y el resumen) registrado en la CNMV se hacían las siguientes indicaciones:

(i) se cifraba el total del patrimonio neto de la entidad, en miles de euros, en 11.475.779 en 2013, 12.669,867 en 2014, 12.514.625 en 2015 y 12.423.184 en el primer trimestre de 2016.

(ii) se cifraban los fondos propios, en miles de euros, en 11.774.471 en 2013, 12.783,396 en 2014, 12.719.992 en 2015 y 12.754.809 en el primer trimestre de 2016.



(iii) se informa del resultado consolidado de los siguientes periodos, en miles de euros: 254.393 en el año 2013, 329.901 en el año 2014, 105,934 en el año 2015 y 93.611 en el primer trimestre del año 2016.

(iv) en la página 21 y ss. de la nota sobre las acciones y resumen se informaba de una serie de "incertidumbres" que pudieran afectar a los niveles de cobertura, destacando, por su relevancia, la entrada en vigor de la Circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016; el crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses; la preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero; la inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales; y la incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entabladas contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria.

(v) A continuación se explicaba que el escenario de incertidumbre, acompañado de las características de las exposiciones del Grupo, aconsejaban aplicar " criterios muy estrictos en la revisión de posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros". Pero se anticipaba que, de producirse esta situación, se ocasionarían pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo.

(vi) Sin perjuicio del mayor detalle en el cuerpo del folleto ( tanto en el documento de registro como en la nota sobre las acciones), se indicaba en su introducción como riesgos relacionados con los negocios del grupo, los derivados de las cláusulas suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad derivada de pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el de mercado, el estructural de tipo de cambio y de tipo de interés, el operacional, el derivado de la operativa sobre las acciones propias, el reputacional, el regulatorio (riesgo de solvencia y mayores requerimientos de capital ) y macroeconómicos y políticos.

En el documento de conclusiones se decía que como consecuencia del aumento de capital "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestros ratios de capital".

4. Tras los resultados negativos del tercer y cuarto trimestre del año 2016, el 3 de febrero de 2017 se publica una nota de prensa en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos.

Por su parte, la ratio de capital CET1 fully loaded proforma se ha visto afectada por algunos elementos volátiles y por las pérdidas del último trimestre. A finales del segundo trimestre esta ratio se situaba en el 13,71% y posteriormente ha sufrido variaciones por diferentes cuestiones, unas ordinarias y otras extraordinarias. Teniendo



en cuenta todos estos factores, la ratio CET1 fully loaded proforma se sitúa en el 9,22% y la CET1 fully loaded se sitúa a finales de 2016 en el 8,17%.

El banco cuenta con capacidad de generación de capital mediante: La generación de beneficio: por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales.

La reducción adicional de activos ponderados por riesgo a medida que avanzamos en la reducción de activos no productivos. Por cada 1.000 millones € de NPAs, c. 20 p.b. de generación de capital.

La venta de auto-cartera y la reducción de minusvalías de renta fija, que nos permitirá generar 105 p.b. de capital.

Adicionalmente, otra de las alternativas del banco para generar capital de forma inorgánica sería la desinversión en negocios no estratégicos, que pueden generar unos 100 p.b. de capital."

5. El 3 de abril de 2017 la demandada comunicó como Hecho Relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la "1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros". En las conclusiones se decía que "del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."

6. La Junta General Ordinaria del Banco celebrada el 10 de abril de 2017 aprueba las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317.508,86 euros.

7. El resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros. Se formuló por la entidad una "re-expresión de cuentas" del ejercicio 2016 con los siguientes resultados: 239.928.000 euros de reducción en el



activo; 240.508.000 euros de reducción del pasivo neto; 580.000 euros de incremento en el pasivo y un incremento de las pérdidas que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

8. El 5 de mayo de 2017 la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CETI phased in del banco es del 10'02% la ratio CETI fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

9. El 11 de mayo de 2017 se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos. Afirma que al cierre del trimestre el patrimonio neto del banco ascendía a 10.777 millones de euros y que la ratio de capital total se sitúa por encima de las exigencias regulatorias.

10. El 15 de mayo de 2017 se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 de Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, y que la inspección que realizaba el Banco Central Europeo era parte de su programa de supervisión ordinaria.

11. El 6 de junio de 2017 se celebró reunión del Consejo de Administración de Banco Popular en que se decía que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros, que las validaciones habían permitido disponer de cerca de 3.500 millones de euros pero que ello no impedía que el incumplimiento de la ratio LCR hubiese dejado de ser provisional pasando a ser significativo a efectos de valoración de la inviabilidad del Banco. El consejo aprobó considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Central Europeo esa situación que el Banco ha agotado su liquidez y que al día siguiente no podría desempeñar su actividad.

12. El 6 de junio de 2017 el Banco Central Europeo comunica a la Junta Única de Resolución (JUR) la inviabilidad de la entidad por considerar que ésta no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existen elementos objetivos que indican que no podrá hacerlo en un futuro cercano (art. 18.4 c/ del Reglamento nº 806/2014).

13. Tras la comunicación realizada por el BCE, la JUR el 7 de junio de 2017 decide declarar la resolución de la entidad y aprueba el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. Considera que el banco " 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".





14. El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma.

La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión al Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

Se indicaba (antecedente de hecho cuarto) que según la valoración de un experto independiente (los medios de comunicación especializados indican que se encargó a Deloitte) recibida por la JUR, resultan unos valores que en el escenario central son de 2.000.000.000 de euros negativos y en el más estresado de 8.200.000.000 euros negativos.

15. Desde el 13 de Julio de 2017 hasta finales de ese año la entidad Banco Santander emitió la oferta de las denominada "acción de fidelización" dirigida a los adquirentes de acciones u obligaciones subordinadas del Banco Popular, entre Mayo de 2016 y Junio de ese año, a cambio de la renuncia a ejercer cualquier acción legal frente al Banco Santander.

16. El 19 de Octubre de 2018, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, incoó expediente sancionador por infracción muy grave al Banco Popular, Consejeros Ejecutivos, miembros de la Comisión Auditora y Director Financiero, por el suministro a la CNMV de información financiera con datos inexactos o no veraces en las cuentas anuales de 2016.



La naturaleza de la acción ejercitada requiere la siguiente precisión: Si bien es cierto que la reciente ST del T.S de 25 de noviembre de 2.019 establece como doctrina que el incumplimiento de los deberes de información que, en contratos de productos financieros complejos, competen a la entidad de servicios de inversión, puede dar lugar a una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el art. 1124 del CC.

El incumplimiento resolutorio del art. 1.124 CC, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el déficit de información habría afectado a la prestación del consentimiento.

La misma lo que niega es la posibilidad de que el incumplimiento de estos deberes precontractuales pueda amparar una acción resolutoria del art. 1.124 CC, pero nunca ha negado que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones informativas legalmente impuestas no puedan fundamentar una acción indemnizatoria a amparo del art. 1.101 CC que sanciona al contratante que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, o de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

De hecho, la STS núm. 754/14 de 30 de diciembre, que versaba sobre la suscripción asesorada de participaciones preferentes de un banco islandés fue de las primeras que, en materia de productos de inversión, declaró que " conforme al art. 1.101 Cc, el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados (...) No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad ".

Respecto a la acción ejercitada procede reproducir lo expuesto en la ST de la A.P de Gerona de fecha 22 de octubre de 2.019 (sección 2) nº recurso 548/2.019 cuando señala: “ Esta Sección Segunda de la Audiencia de Girona ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada acerca de este motivo de recurso.

Lo ha hecho, por ejemplo, en sus sentencias de 22 de julio, 28 de junio y 14 de octubre, todas de 2.019.

En ellas se argumenta:

"Como segundo motivo de apelación se alega que la prueba aportada por la actora no evidencia que las cuentas anuales del Banco Popular contuviera irregularidades, ni tampoco que la información proporcionada por el Banco fuera incorrecta o incompleta.

En este motivo se cuestiona que la información facilitada cuando en el año 2016 decide ampliar su capital, que la sentencia califica de inexacta y sesgada, tuviera carácter notorio.



Son hechos plenamente conocidos, y por tanto notorios, que Banco Popular, después de haber concluido una importante y exitosa ampliación de capital de 2.500 millones de euros, al cabo de menos de un año, se encuentra en situación de inviabilidad, hasta el punto de ser vendido a Banco de Santander por un precio simbólico de un euro.

Este hecho es notorio porque el tribunal lo conoce y tiene la convicción de que tal conocimiento está generalizado y es compartido entre los ciudadanos medios miembros de la comunidad, tratándose de una materia de interés público, entre los que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan, (más de 300.000 entre accionistas, bonistas y preferentistas), - SSTS de 11/02/2009 y 09/05/2013 ; circunstancia que hace que quede exento de necesidad de prueba, conforme al art 281.4 de la LEC .

A partir de aquí, las afirmaciones realizadas por el órgano "a quo", basada en criterios desarrollados en diversas sentencias que cita, en el contenido de los folletos explicativos proporcionados y en general en las pruebas sobre la información dispensada, analizados bajo el prisma de la lógica y la razonabilidad, no admiten reproche alguno, cuando argumenta que a través del folleto informativo de la ampliación de capital, supervisado y aprobado por la CNMV, la mercantil actora dispuso de algunos elementos de juicio para poder apreciar el riesgo de su inversión, pero el Banco no ha acreditado que informara sobre datos acordes con la situación de insolvencia que resultó patente en el mes de junio de 2017, y que de haberse divulgado no solo habría dado pie al rechazo de la ampliación, sino también a la salida de capital.

De ahí que se mantenga por el órgano "a quo", que para no perjudicar al Banco, se ofrecía una imagen de solvencia, maquillaban datos, se ocultó información o se ofreció sesgada, pues no hay otra explicación racional para que al cabo de menos de un año, se produjera la quiebra de la entidad por todos conocido"...

La prueba pericial del Banco demandado, en la cual intenta apoyarse el recurso para sostener que BANCO POPULAR cumplió en todo momento con los deberes de información que le eran exigibles, no merecen a juicio de este tribunal la credibilidad que se les pretende atribuir en el recurso...

Es innegable que la entidad oferente generó una apariencia de solvencia, hasta el punto de declarar beneficios en los sucesivos ejercicios anuales, salvo en los años 2012 y 2016, consiguiendo tal apariencia mediante una estrategia de refinanciación de la deuda, siendo notorio que la causa de la crisis del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. ha sido el incumplimiento de los deberes de dotación de créditos morosos y un aumento exponencial de activos tóxicos, vinculados fundamentalmente al crédito a la vivienda que supuso la liquidación de la sociedad a través de la JUR (Junta Única de Resolución), amortizando las acciones a valor de cero euros, mediante acuerdo de fecha de 7 de junio de 2017. En esta resolución se valoró la entidad en menos 2000 millones de euros en un escenario normal, y menos 8200 millones de euros en un escenario de estrés. Si eran posibles medias de inyección de liquidez como alternativa de la liquidación de la entidad, las mismas no se adoptaron, puesto que el problema era de solvencia ante la insuficiencia de las garantías presentado para tratar de evitar tal decisión liquidatoria."



Pues bien, la pericial practicada a instancia de la parte demandada, no justifica una diferente valoración de la prueba en esta instancia... en las cuentas anuales presentadas no se clasificaron correctamente los créditos de su cartera en riesgo de impago, ni se realizó una correcta valoración de activos, ni se calcularon correctamente las provisiones en contra de la opinión de la pericia de la demandada, que no consigue convencer de que la imagen de solvencia difundida a la opinión pública con motivo de la ampliación de capital de mayo y junio de 2016, no respondía a un reflejo fiel de la auténtica situación económica de la entidad, sino que con ella se intentaba ocultar el resultado negativo de una política mantenida que había generado activos tóxicos y morosos, aumentados por la adquisición del Banco Pastor.

No obstante, la ampliación de capital de 2016, que pretendía normalizar la actividad de la entidad, reforzar la rentabilidad y reducir el riesgo para volver a la política de dividendos, no sirvió para equilibrar la solvencia del Banco, que manejaba aspectos contables distorsionadores de la verdadera situación, quedando evidenciada la existencia de un déficit en la dotación de provisiones anteriores al año 2015, unido a que parte de la ampliación de capital fue suscrita a través de préstamos concedidos por el propio Banco.

Por lo expuesto, la valoración de la prueba pericial efectuada por el órgano "a quo" en su sentencia, se ajusta a las reglas de la sana crítica y de la razonabilidad, art 348 LEC , ya que los argumentos de que la causa de la insolvencia estuvo en una crisis de liquidez a corto plazo sobrevenida como consecuencia de la rápida y cuantiosa fuga de depósitos, no se compadece con las cifras que pasaron de unas ganancias de 93,6 millones el primer trimestre de 2016, a unas pérdidas de más de 12.218 millones a 30 de junio de 2017.

Y ni las previsiones de reserva indicadas, que no cubrieron la fuga de depósitos producida, ni la ampliación de capital supuestamente destinada a normalizar la actividad (en realidad a tapar el agujero derivado de la política seguida), consiguieron los designios informados, al existir un lastre provocado por insuficiencias de provisiones y créditos dudosos, incrementado por el ámbito inmobiliario de la entidad, que alejaba la realidad de las provisiones del Banco, de 4.700 millones de deterioros adicionales y dotaciones, cuando el informe publicado por Deloitte, antecedente de la intervención de la Junta de Resolución (JUR), cifra las pérdidas por ajustes adicionales en una horquilla de entre 11.800 y 20.000 millones de euros, en función del escenario positivo o negativo que se presentara, sobrepasando con mucho las provisiones del

Banco, que no quedan avaladas por el hecho de que se valorasen los activos como banco en funcionamiento, mientras la JUR los valoró como entidad en liquidación, pues ello es demostrativo de que la visión que Banco pretendía difundir, de entidad que normalizaba la actividad a través de la ampliación de capital, no se correspondía con la auténtica situación económica de la entidad.

El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones. Así, el 30 de mayo de 2017 se difundió la noticia de que Bruselas se preparaba para intervenir el Banco Popular si no había comprador, y la retirada significativa de depósitos se produjo



los días 1 y 2 de junio, por lo que es evidente que dicha retirada fue la consecuencia de la previsible intervención de la entidad atendida su situación económica y no la causa de una falta de liquidez coyuntural.

En consecuencia, debe ser rechazado este motivo del recurso, porque no informada la parte actora por las empleadas del Banco sobre la falta de solvencia, que razonablemente no conocían, es el folleto que debe informar a los posibles inversores sobre la oportunidad de suscribir el producto emitido, conociendo los riesgos que dicha decisión pueda comportar, siendo dicha información absolutamente imprescindible cuando quien pretende invertir no ostenta la condición de inversor profesional, ni dispone de elementos que le permitan contrastar la veracidad de la información suministrada.

De esta forma, si el folleto informativo, entre otras cuestiones, debe advertir de la situación económica de la entidad bancaria no cabe exigir al inversor que contraste la información facilitada con otros datos a los que no tiene acceso directo o que pueden requerir conocimientos específicos para verificar previamente a la contratación que los datos que obran en el folleto informativo se corresponden con la situación real de la entidad.

El contenido del folleto no informaba fiel y cabalmente de esas cuestiones y por lo tanto, no ha quedado acreditado que Banco Popular cumpliera con el deber de información que le era exigible, ya que en el folleto de ampliación de capital que se facilitó a los clientes, se distorsionó la verdadera situación al no respetar aspectos de la normativa contable; no clasificarse correctamente la cartera de créditos en riesgo de impago, ni realizar una correcta valoración de activos, afectándose globalmente las cuentas de la entidad de manera que impedián ponderar el estado de solvencia real y la solidez de su situación financiera."

Los argumentos que acabamos de resumir, y que plasman el sentir de esta Sala sobre la falta de información fidedigna que precedió a la ampliación de capital del banco demandado, son plenamente aplicables al caso que nos ocupa.

También en este proceso la sociedad financiera demandada ha intentado controvertir tal evidencia mediante la presentación de una pericial similar, cuando no idéntica, a las que aportó en los anteriores procesos que en fase de apelación ya han sido resueltos por esta Sección.

Por consiguiente, lo que en ellos dijimos es directamente aplicable a este”.

El informe pericial aportado por la entidad demandada en el presente litigio, concluye con los mismos argumentos, desvirtuados en la sentencia referida

El informe elaborado por Ayuso Lainez & Monterey, según expone tiene por objeto llevar a cabo una evaluación crítica del contenido del informe emitido por los Sr Castillo, Casuso, Cerro y Díaz, con el fin de determinar si existen errores conceptuales, metodológicos o aritméticos que pudieran limitar la consideración de sus conclusiones ..nuestro análisis se limita a los aspectos contables...si bien en el soporte documental analizado ni se menciona el folleto.



La Sentencia de la A.P de Madrid anteriormente referida respecto a la prueba pericial señala: “ Ahora bien, se hace preciso constatar que, además de las anteriores consideraciones, desde el punto de vista de las pruebas periciales practicadas centradas más en la discusión técnico-contable con la evidente disparidad de criterios, posicionándose los peritos en respectivas conclusiones favorables de parte, sin embargo, constan aportados dos informes que revisten una objetiva imparcialidad y trascendencia confirmatoria de las anteriores conclusiones; así en primer término, obra en las actuaciones el Informe emitido por los Inspectores del Banco de España, Sres. Ruíz-Clavijo y Hernández Romeo, de 8 de Abril de 2.019, incorporado a las actuaciones seguidas en las Diligencias Previas 42/2017, del Juzgado de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, y a los efectos propios de esta jurisdicción civil, independientemente de la finalidad, objeto y resultado que produzcan en el ámbito de aquella jurisdicción penal, incorporado como documental en la vista del 23 de Abril de 2.019, y también aportado en el CD por la entidad demandada en este Rollo de Apelación, en el que establecen tres conclusiones principales: 1) La resolución o liquidación del Banco se debió a tres episodios de fugas de depósitos durante el segundo trimestre de 2.017, siendo el del 31 de Mayo el de especial gravedad;

2) En cuanto al cumplimiento con la normativa contable: Las cuentas anuales que se reflejan en el folleto de la ampliación de capital, no respetaban determinados aspectos de la normativa contable, en especial la clasificación de las operaciones refinanciadas en dudoso, y 3) Sobre la documentación en la que se asentó la ampliación de capital: algunas de las hipótesis para llegar a las estimaciones contenidas en el folleto eran demasiado optimistas, en especial la evolución prevista de dudosos, lo que unido a la baja cobertura planificada para los adjudicados, invalidaba las estimaciones de cobertura , pérdidas y solvencia de este documento.

En consecuencia, independientemente de que aquí no se juzgan las causas de resolución y venta de la entidad bancaria, y la posible causa desencadenante final de la misma cual fue la retirada de depósitos, centrándonos en la validez y eficacia de la situación financiera e información facilitada en el folleto, no cabe sólo hablar de incumplimiento de la normativa contable sobre la que se asentaban las cuentas y datos incluidos en el mismo, sino también y sin solución de continuidad, del “exceso de optimismo” vertido que no deja de ser eufemismo de datos no reales en las previsiones, en una valoración media razonable, exigibles a una entidad sumamente profesionalizada, desde una perspectiva más objetiva y técnica, sobre todo cuando de ello depende precisamente la compra de acciones por inversores, y cuando, a mayor abundamiento, los peritos señalan las causas concretas de ese excesivo optimismo, especialmente, la evolución prevista de dudosos y la baja cobertura planificada para los adjudicados, concluyendo que todo ello “invalidaba” aspectos esenciales de la información como eran las “estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia de este documento”; en definitiva confirman su inexactitud y no ser veraz, considerando a modo de epílogo, que dicho folleto carecía de solvencia”.

Debe igualmente tenerse en cuenta que mucho que una acción no esté jurídicamente considerada un producto complejo, no es menos cierto que la situación que se dio respecto de la ampliación de capital del Banco Popular del año 2.016, excluye que los conocimientos del demandante le permitieran saber cuál era la real situación económica del banco.



Como se ha dicho, la imagen económica que el banco se afanó en presentar antes de la ampliación, no respondía para nada a su realidad.

En este contexto de ocultación de su real estado, difícilmente alguien que no estuviese directamente conectado con las esferas de decisión de la sociedad, podía deducir que lo que se presentaba como una saneada situación económica, distase tanto de la realidad.

Las referencias de la demandada a un folleto registrado en las entidades reguladoras o inscrito en el Registro Mercantil, obviamente que no pueden ser útiles para entender cumplida su obligación de procurarle la información exigida por la normativa vigente y por la Jurisprudencia que la interpreta. Las incertidumbres puestas de manifiesto en el folleto, contienen un tratamiento meramente tangencial, insuficiente y falto de rigor. No se explica a qué tipo de incertidumbres se está enfrentando la entidad y que pueden afectar tan decisivamente el balance y patrimonio neto de la entidad.

Tampoco se aclara si esas provisiones traen causa de “ requerimientos regulatorios futuros” o si las incertidumbres tienen relación con el mercado inmobiliario en general, o bien riesgos propios de la entidad como los que se pusieron de relieve por el departamento de auditoría interna al consejo y que este comunicó a la CNMV en la célebre comunicación del 3.4.2.017. En cualquier caso, no parece que una información tan importante como era el objetivo de la ampliación, pudiera quedar reducida a una simple referencia parcial y anecdótica.

La SAP de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, 85/19 de 18/3 justifica la concurrencia del requisito examinado con un argumento que hacemos nuestro: "la pérdida total de la inversión de los hoy apelantes no acontece como consecuencia de las fluctuaciones habituales de la cotización en Bolsa de las acciones y propias de este producto, que es donde se encuentra el riesgo de éstas que los clientes deben asumir en cuanto son conocidas y de ahí que no revista complejidad, sino que el fracaso total de la operación inversora se produce a causa de un comportamiento anormalmente negativo de las acciones adquiridas e impropio de este producto, propiciado por el importante deterioro financiero del Banco..., precedida la inversión de una información incorrecta sobre la salud financiera de la entidad facilitada por ella misma que llevó a los actores a adquirir las acciones ."

En definitiva y en relación con la acción indemnizatoria ejercitada con carácter subsidiario, que debe entenderse la del 1.101 del c.c., basada en la deficiente información financiera ofrecida, que no reflejaba la imagen fiel debe destacarse el “ hecho relevante comunicado por el Consejo de Administración de la demandada a la CNMV el 3 de abril de 2.017, en el cual la entidad reconoce determinadas insuficiencias de provisiones asociadas a créditos dudosos ..y la posible necesidad de dar de baja algunas garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, y el informe de la CNMV de fecha 23 de mayo de 2.018, ya referido . Estos dos hechos revelan que la información financiera suministrada por el emisor de los valores comercializados en el mercado secundario, no se ajustaba al principio contable de representar la imagen fiel.

La generación del daño queda igualmente acreditada, en el efecto de reducción a 0 la inversión acordada por la Resolución del JUR de 7 de junio de 2.017, existiendo



una evidente relación o nexo causal entre ambos elementos, pues de no haberse suministrado información inexacta o incorrecta que no expresaba la imagen fiel en el ejercicio 2.016 y anteriores, no se hubieran tenido que realizar los hechos relevantes y demás comunicaciones extraordinarias por parte del Consejo de Administración a la CNMV, ni se habría generado la fuga masiva de depósitos, que finalmente derivó en la fatal resolución del JUR para sus accionistas e inversores.

Los anteriores fundamentos dejan sin contenido la oposición de la entidad demandada, pues la exigencia de responsabilidad dimana del incumplimiento de las normas reseñadas, ante falta de aportación de datos veraces acreditativos de esa imagen de solvencia patrimonial, y el carácter público de la emisión del folleto que, en definitiva, contribuiría decisivamente a contratar tales acciones, sin que sea preciso acreditar que la parte demandante leyera el folleto informativo, dada la notoriedad de lo acaecido, notoriedad que exime o hace innecesaria la prueba al respecto, en virtud de lo establecido en el art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como viene a establecer en el mismo sentido la Sentencia de la AP Barcelona, sec. 14ª, S 22-01-2018, nº 18/2018, rec. 374/2016.

Por todo ello, a partir de la expresada premisa de no haberse facilitado en el mismo la información económico-financiera que proporcionada por la emisora fuera real y verdadera, resultan de aplicación los artículos 38 y 124 del TRLMV y 1.101 c.c, con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la actora.

Las anteriores consideraciones conducen a la estimación de la pretensión subsidiaria de la demanda rectora del proceso.

#### **CUARTO.**

Las costas procesales deben ser impuestas a la parte demandada al resultar aplicable el artículo 394.1 de la LEC.

No obstante en materia de recursos debe ponerse de manifiesto que el tipo de procedimiento que debió seguirse es un procedimiento verbal, cuyo recurso se rige por la cuantía de lo reclamado, no se ejercita una “acción de nulidad de condiciones generales de contratación” sino una acción de nulidad de contrato de compraventa de acciones por vicio en el consentimiento y subsidiaria indemnizatoria.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos procesales y dado que se ha utilizado un procedimiento que ofrece más garantías a la entidad demandada, procede mantener las actuaciones realizadas, si bien no se admitirá recurso de apelación.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.





## FALLO

Que estimando la acción indemnizatoria ejercitada con carácter subsidiario en la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Tomas Gili en nombre y representación de D. [REDACTED] procede hacer los siguientes pronunciamientos:

Debo declarar y declaro la responsabilidad de Banco de Santander por incumplimiento del deber de información.

Debo condenar y condeno a la entidad Banco de Santander a abonar a la parte actora una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, en la cantidad equivalente a la pérdida patrimonial experimentada.

Dicha indemnización se fija en el importe reclamado de 2.375,82 euros, deduciendo de dicha cantidad los rendimientos percibidos por razón de los títulos ( dividendos, ventas de derechos..) y el valor al que han quedado reducidas las acciones.

La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero, desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia. Desde la sentencia se devengará el interés procesal establecido en el art. 575 LEC.

Procede la condena en costas de la parte demandada.

Notifíquese a las partes, con indicación de que contra la presente sentencia no cabe recurso.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

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



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por ANA MERCEDES MERINO MELARA