

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Décima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933917,914933918

37007740

N.I.G.: [REDACTED]

Recurso de Apelación [REDACTED]/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Móstoles
Autos de Juicio Verbal (250.2) [REDACTED] 2020

APELANTE: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

APELADO: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

SENTENCIA N° 626/2021

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. JOSÉ MARÍA ORTIZ AGUIRRE

En Madrid, a nueve de diciembre de dos mil veintiuno.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Juicio Verbal (250.2) [REDACTED]/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Móstoles a instancia de D./Dña. [REDACTED] apelante - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. [REDACTED] y defendido por Letrado, contra BANCO SANTANDER SA apelado - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. [REDACTED] y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/06/2021.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. JOSÉ MARÍA ORTIZ AGUIRRE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 28/06/2021, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Se desestima la demanda interpuesta por la procuradora doña [REDACTED] [REDACTED] en nombre y representación de don [REDACTED] frente a BANCO SANTANDER SA, y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de todos los pedimentos esgrimidos en su contra en la demanda. Sin expresa imposición de costas.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 30 de noviembre de 2021, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 7 de diciembre de 2021.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de fecha 28/06/2021 dictada por el Juzgado de 1ª instancia núm. 2 de Móstoles en el juicio verbal núm. [REDACTED]/2020 resolvió el litigio con el siguiente Fallo:

“Se desestima la demanda interpuesta por la procuradora doña [REDACTED] [REDACTED] en nombre y representación de don [REDACTED] frente a BANCO SANTANDER SA, y, en consecuencia, se absuelve a la demandada de todos los pedimentos esgrimidos en su contra en la demanda. Sin expresa imposición de costas.”

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso y su impugnación.

2.1 Frente a dicha sentencia, se alzó la representación de la demandante formulando recurso de apelación que apoya en los siguientes motivos:

Error en la valoración de la prueba documental; considera la apelante que cabe matizar de una parte que la compra no se efectúa amparado por la imagen dada en un folleto como ocurrió por ejemplo en las personas que compraron en el proceso de ampliación del año 2016 o incluso un año después, por cuanto la acción de la responsabilidad del folleto parece que protege las compras efectuadas incluso un año después de la publicación del mismo y no es el caso.

Pero la prueba practicada sí demuestra la responsabilidad del EMISOR por la información ofrecida a los inversores a través no sólo de la publicación de las cuentas y estados trimestrales, sino de los propios hechos relevantes.

En este caso concreto, el actor decide adquirir en el mercado secundario 10.000 acciones del Banco Popular por un precio de 5.103,37 euros, operación que se ejecuta a sabiendas del bajo de precio, lógicamente, pero sobre todo siendo consciente de que la entidad no estaba en riesgo de quiebra, extremo que además había sido confirmado por el propio Banco Popular mediante hechos relevantes publicados en la CNMV los días 11 y 15 de mayo, según acreditamos con los documentos números 17 y 18 de nuestra demanda.

Es decir, no existe una información más real y creíble que la ofrecida por el emisor quince días ante de la compra, por lo que no tener en cuenta dichos datos supone dejar o eximir de responsabilidad al propio Banco Popular, cuando la propia Ley de Mercado de Valores, en su artículo 124 expresamente contempla que el emisor y sus administradores serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor.

Considera, por consiguiente, aplicable el art. 124 LMV y subsidiariamente, el de responsabilidad contractual del art. 1101 CC.

2.2 La entidad demandada, BANCO SANTADER, impugna el recurso señalando, básicamente:

Que los artículos 38 y 124 de la LMV no establecen una responsabilidad objetiva, sino una responsabilidad subjetiva que exige, entre otras cosas, la prueba de un nexo de causalidad.

En concreto, el artículo 124 LMV imputa la responsabilidad del emisor –el Banco– por “De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, el emisor y sus administradores, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor”. En consecuencia, la información financiera que debería haber afectado o influenciado a la toma de decisión de adquirir las acciones del Banco por el Demandante se debe circunscribir, exclusivamente, a la información financiera a que se refieren los artículos 118 y 119 LMV, en la medida que en la fecha de adquisición de parte de las acciones ya no estaba vigente el Folleto de la ampliación de capital y de 2016, tal y como acertadamente señala la Sentencia recurrida.

Si el Demandante no basó su decisión de inversión en esa información, la concurrencia de nexo causal quedaría necesaria e indefectiblemente desvirtuada. Extremo que, en la presente litis no ha quedado de ningún modo acreditado por el Demandante.

Es algo que no es discutido que la resolución del Banco Popular y su posterior adquisición por el Banco Santander, se produjo en aplicación de lo dispuesto en la Ley 11/2015. Siendo ello así, debe tenerse presente lo señalado en su artículo 37, apartado 2.

Que que el Banco de Santander carece de legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada por los Recurrentes.

TERCERO.- Examen del recurso de apelación.

3.1 En primer lugar, debemos centrar el objeto del litigio que recae sobre la adquisición por el demandante/apelante, en fecha 1 de junio de 2017, de 10.000 acciones de BANCO POPULAR, a través de su cuenta de valores de ING BANK, por un importe de 5.103,37 euros, extremo que se acreditó con el documento número 27 de la demanda.

3.2 El recurrente considera de aplicación al supuesto la acción de responsabilidad del art. 124 LMV que no es sino la aplicación específica del art. 1101 CC al ámbito del mercado bursátil.

3.2.1 Partiendo de que la resolución de instancia no considera aplicable la Ley 11/2015 y que dicho pronunciamiento no ha sido impugnado; amén de lo señalado de manera uniforme por esta Audiencia Provincial: Debemos señalar que "...(a) unque es verdad que conforme a lo dispuesto en el artículo 39.2, c) Ley 11/2015 el titular de un instrumento de capital, como son las acciones y participaciones sociales, no puede reclamar indemnización por la amortización de los títulos a consecuencia de las decisiones tomadas

por el FROB, la norma no es aplicable al caso que nos ocupa, pues la indemnización reclamada no se promueve por la pérdida económica derivada de la decisión de ese Organismo, sino por los perjuicios causados como consecuencia de la falsa información (...), de tal manera que el derecho a la indemnización es consecuencia de esa conducta de la emisora al proporcionar datos fundamentales para decidir la contratación, no de la pérdida económica ocasionada por la amortización. En definitiva, los presupuestos legales para la aplicación de los artículos 38 y 124 LMV por un lado, y el 39.2,c) L 11/2015, son diferentes, como también son distintos los sujetos a quienes se destina...".

Efectivamente, las acciones de anulabilidad y las indemnizatorias de daños y perjuicios derivados de la defectuosa o incompleta información facilitada a los inversores al momento de la adquisición de acciones, como terceros, ya en el mercado primario, directamente de la sociedad, ya en el secundario, mediante su compra en Bolsa, no se ven impedidas por el proceso resolutorio, según lo acordado por la Comisión Rectora del FROB de 7 de Junio de 2017.

Y ello, en primer término, conforme a la línea jurisprudencial que se recoge en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013 -asunto C-174/12-, en la que, al afirmar que "... 28.- De ello se infiere que [...] las disposiciones controvertidas de la Segunda Directiva no pueden oponerse a una normativa nacional que consagra el principio de la responsabilidad de las sociedades emisoras por la divulgación de información inexacta con infracción de la legislación relativa al mercado de capitales y que establece que, como consecuencia de esa responsabilidad, dichas sociedades están obligadas a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

29.- En efecto, en tal supuesto, la responsabilidad de la sociedad de que se trate frente a los inversores -que también son sus accionistas-, como consecuencia de las irregularidades cometidas por dicha sociedad con anterioridad a la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas, no dimana del contrato de sociedad ni se refiere únicamente a las relaciones internas en el seno de dicha sociedad. Se trata, en ese caso, de una responsabilidad que procede del contrato de adquisición de acciones.

30.- Por lo que respecta al principio de que los accionistas deben ser tratados por igual, expuesto en el artículo 42 de la Segunda Directiva, procede señalar que los accionistas que han resultado perjudicados como consecuencia de un incumplimiento de la sociedad cometido antes de la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas no se hallan

en una situación idéntica a la de los accionistas de la misma sociedad cuya situación jurídica no se ha visto afectada por dicho incumplimiento...", se viene a establecer la preeminencia de las normas del mercado de valores sobre las normas de la Directiva de sociedades - considerando que las normas sobre responsabilidad por folleto o por hechos relevantes constituyen ley especial respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas-.

Y, en segundo término, conforme a la doctrina que, de igual modo, cabe inferir de la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 2016 que establece que "... Según la interpretación del TJUE , el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. Es decir, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por vicio del consentimiento, con efectos ex tunc (artículos 1300 y 1303 del Código Civil), cuando, como en el caso resuelto en la sentencia recurrida, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento...".

En definitiva, las acciones por defecto e inexactitud de información en su doble vertiente, de nulidad contractual (artículos 1301 y 1303 del Código Civil) y de resarcimiento de daños y perjuicios (artículos 37 y 38 y 118, 119 y 124 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores), no son incompatibles ni se ven impedidas por lo prevenido en los artículos 25.8, 37.2 b) y 39.2 de la Ley 11/15 de 18 de Junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, al ostentar los adquirentes la condición de terceros en el momento de la adquisición.

Ciertamente, el incumplimiento del deber de información incide en la formación del consentimiento y se viene a traducir en las acciones de anulabilidad o en las de resarcimiento de daños y perjuicios, dentro del régimen general contemplado por la normativa específica del mercado de valores, y dado que aquellas acciones se ejercitan no por el accionista como tal sino como tercero inversor adquirente y que se fundan en irregularidades ajenas y anteriores a la adquisición de la condición de accionista por los mismos, la responsabilidad procede del momento de su adquisición, con lo que son ajenas y no se ven impedidas por la normativa especial de la Ley 11/2015.

3.2.2 En cuanto a la imagen que daba la entidad al momento de la adquisición de las acciones por el demandante, en una dilatada línea de resoluciones hemos puesto el acento en la falta de contestación del interrogante del descenso vertiginoso del valor de las acciones del Banco Popular en un exiguo lapsus temporal, resultando difícil de entender la situación declarada en junio del 2017 si no aceptamos que la situación financiera y patrimonial, no meramente contable del Banco Popular tanto en el momento en que se acordó la ampliación de capital como en los años anteriores y posteriores a aquella no era bien saneada ni positiva como se presentaba y, consiguientemente, se dio una imagen sesgada de las cuentas anteriores pero también de las posteriores a la ampliación de capital con manipulación de ratios de rentabilidad y referencias al negocio principal o bancario, con exclusión del rector inmobiliario, no explicándose de otro modo cómo en cuestión de meses precisó de una situación de solvencia y beneficios o pérdidas que al año alcanzaban los 12.218.407 euros. Las pruebas de estrés realizadas por organismos supervisores, así como las auditorías efectuadas no detectaron la errónea valoración de activos por simple ocultación. En suma, hay que tomar como punto de partida de nuestro razonar la premisa antedicha de la inviabilidad de explicación lógica de cómo una entidad bancaria que se publicita como solvente queda reducida a la nada de la noche a la mañana, siendo evidente que la inviabilidad financiera que determinó la resolución del Banco Popular el 7/6/2017 deviene de serios problemas económicos que indubitadamente se arrastraban desde hacía tiempo y que ya existían cuando se realizó no sólo la ampliación de capital en mayo de 2016, sino también la correspondiente al año 2012 anualidad a partir de la cual las cuentas del Banco Popular estuvieron altamente afectadas por su exposición inmobiliaria y crediticia. Las contantes ampliaciones de capital en el interregno 2012-2016 son, por lo demás, manifestaciones palmarias de las necesidades financieras de la entidad para cubrir el deterioro de valor de sus activos inmobiliarios y crediticios. Las pruebas de estrés realizadas por organismos supervisores, así como las auditorías efectuadas no detectaron la errónea valoración de activos por simple ocultación. Claro que se produjo una retirada masiva de fondos de los clientes días previos a la resolución del Banco Popular, pero no debe omitirse que lo que retiraron los depositantes fue su dinero, pero la solvencia de la entidad bancaria, por más o menos retirada de liquidez, es exactamente la misma, poniendo de manifiesto la resolución que la solvencia del Banco Popular no era la que decía. Por lo demás, si dicha entidad fuese solvente, cual es obvio, no se habría vendido por un euro.

Máxime, cuando la sentencia de instancia recoge como hechos notorios, con cita de la SAP de Madrid de 20 de enero de 2020, posteriores a la publicación de las cuentas en febrero los siguientes: “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”.

En definitiva, la imagen que proyectaba el banco en sus informes anuales y semestrales no permitía concluir que iba a ser resuelto, como terminó ocurriendo el 7 de junio de 2017.

3.2.3 A tenor de expuesto anteriormente, no se puede compartir la falta de nexo causal entre dicha información y la adquisición de las acciones el 1 de junio de 2017 por el demandante.

De este modo, y al margen de algún pronunciamiento aislado, esta Sección (vg. sentencias de 10 y 16 de junio de 2021 [ROJ: SAP M 6576/2021] [ROJ: SAP M 7493/2021]) “en múltiples resoluciones ya se ha ocupado de adquisición de acciones del Banco Popular días incluso posteriores al 1 de junio de 2017, como también hemos reiterado que el designio o finalidad especulativo en la adquisición de acciones no puede erigirse en valladar u óbice para el éxito de la acción ex artículo 124 del TRLMV, dado que, sobre poder predicarse esa

finalidad en toda adquisición de acciones, ello no confiere un requisito que se exija para el triunfo de dicha acción, sino, entre otros, si la información facilitada no proporcionaba una imagen fiel de la entidad bancaria emisora, además del daño perjuicio y el nexo causal. El daño causado viene determinado, como hemos indicado, entre otras, en la sentencia de 20/5/2021, rollo de apelación 755/2020, por el valor de la inversión menos aquél a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por la parte actora, de suerte que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales de esa suma se devenguen desde la interpelación judicial, deducidos los rendimientos que hubiesen producido esos títulos.”

Del mismo modo, esta sección también se ha pronunciado reiteradamente con respecto a los incumplimientos en que incurrió Banco Popular, en relación a suscripción de acciones, con posterioridad a la pérdida de vigencia de la última ampliación de capital de 26 de mayo de 2016 y próximas a la resolución de la entidad; cabe citar entre ellas las sentencias de 30 de junio, 25 de noviembre, y 29 de octubre de 2020, también la dictada el 28 de enero de 2021 (ROJ: SAP M 1265/2021 - ECLI:ES:APM:2021:1265), que se pronuncia en los siguientes términos: “La parte actora podría conocer al tiempo de su adquisición que la cotización de las acciones había descendido con respecto al valor con que salieron a Bolsa las acciones de ampliación de capital de 2016, pero en modo alguno la situación de insolvencia y, por ende, el valor de esas acciones, con lo que es llano que sí se reúnen los presupuestos a que se subordina el triunfo de la acción disciplinada en el artículo 124 del TRLMV, no constando que las acciones a que se circunscribe el procedimiento hayan producido rendimiento alguno, habiéndose amortizado con pérdida total de su valor, y acreditado, dicho está, que la imagen de la situación financiera del Banco Popular proporcionada ha sido distorsionada, ha de procederse a indemnizar por el Banco Santander SA.”; criterio que ha de seguirse por exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, (...); postura reiterada en resoluciones de 3 y 17 de junio y 14 de julio de 2021, entre otras.

El motivo prospera y con él el recurso de apelación formulado, lo que supone la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demandada formulada por la demandante/apelante en los términos que se recogerán en el Fallo de la presente resolución.

CUARTO.- La estimación del recurso supone la no imposición de las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes (art. 398 LEC) con la devolución del depósito para recurrir (DA 15ª LOPJ).

En cuanto a las costas de la primera instancia, a pesar de la estimación de la demanda, no se imponen las generadas en dicha primera instancia, dada la existencia de jurisprudencia contradictoria al respecto, como se ha puesto de manifiesto en la resolución recurrida y en la formulación del recurso objeto del presente procedimiento (art. 394.1 LEC).

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación de DON [REDACTED] [REDACTED] frente a la sentencia de fecha 28/06/2021 dictada por el Juzgado de 1ª instancia núm. 2 de Móstoles en el juicio verbal núm. [REDACTED] 2020, REVOCÁNDOLA y, en su lugar, estimar la demanda formulada por la representación de DON [REDACTED] [REDACTED] declarando la responsabilidad de la demandada, por el negligente cumplimiento del deber de información en su condición de entidad emisora de las acciones del Banco Popular S.A. y, en consecuencia, se condena a la demandada a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados que, en este caso, ascienden a la cantidad del valor de la inversión (5.103,37 euros) y los intereses legales de esa suma desde la interpelación judicial; todo ello sin imposición de las costas de primera y segunda instancia a ninguna de las partes y devolución del depósito para recurrir a la apelante.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma

Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2577-0000-00-1102-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra resolución de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.