



Roj: **SJPI 23/2019** - ECLI: **ES:JPI:2019:23**

Id Cendoj: **28092420012019100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Móstoles**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2019**

Nº de Recurso: **138/2019**

Nº de Resolución: **86/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANA MERCEDES MERINO MELARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 01 DE MÓSTOLES

C/ Luís Jiménez de Asúa, s/n , Planta 4 - 28931

Tfno: 916647242

Fax: 916140885

42020306

NIG: 28.092.00.2-2019/0001127

Procedimiento: Juicio Verbal (250.2) 138/2019

Materia: Obligaciones

SECCION 3

Demandante: D./Dña. Nemesio

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

Demandado: BANCO SANTANDER S.A

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA Nº 86/2019

En Móstoles, a 19 de marzo de 2.019. Dña. Ana Mercedes Merino Melara, Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1; habiendo visto los presentes autos de juicio verbal nº 138/2019-3, sobre acción de anulabilidad contractual por error invalidante en el consentimiento seguidos a instancia de D. Nemesio representado por la Procuradora Sra. De Zulueta Luchsinger y bajo la dirección letrada de la Sra. Costanzo Magarinos contra la entidad Banco Santander S.A representado por el Procurador Sr. Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de la Sra. Guenechea Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales, Sra. De Zulueta Luchsinger en la representación dicha, presentó con fecha 22 de enero de 2.019 demanda de juicio verbal ejercitando acción de anulabilidad a la que acompañaba documentos justificativos de su pretensión.

Por Decreto de fecha 4 de febrero 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 20 de febrero de 2.019 el Procurador Sr. Codes Feijoo, en representación acreditada en autos presentó escrito de contestación a la demanda.



El día 14 de marzo de 2.019 tuvo lugar la vista convocada, en la que tras admitirse únicamente prueba documental, se declararon las actuaciones concluidas para sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.

Ejercita la parte actora acción de nulidad por dolo o subsidiariamente, por error, de la orden de suscripción de 5.769 acciones de Banco Popular Español S.A, de fecha 5 de diciembre de 2.012 por importe de 2.313,37 euros.

Así como de la orden de adquisición o contrato de adquisición de los 1.923 derechos de suscripción de fecha 5 de diciembre de 2.012 por importe de 686,51 euros, que está ligado a la adquisición de acciones antes descrita, y en consecuencia a la devolución a la parte actora de la cantidad invertida, es decir 2.999,88 euros.

La parte actora es consumidor y cliente minorista, careciendo de conocimientos en materia económica y financiera, que ha buscado en todo momento la mayor garantía y seguridad para sus ahorros. El demandante suscribió acciones del Banco Popular al entender que se trataba de un producto rentable de uno de los mejores bancos del país. Dicha adquisición se llevó a cabo con ocasión de la ampliación de capital del año 2.012; el 23 de noviembre de 2.012, la actora suscribió 1.923 derechos por un importe de 686,51 euros y en fecha 5 de diciembre de 2.012 adquirió 5.769 acciones por un importe total de 2.313,37 euros. El importe total invertido asciende a 2.999,88 euros.

En el momento de la adquisición el demandante no tuvo más información que la facilitada por la entidad financiera y la propia publicidad que el banco ofrecía a la sociedad en general. Ni en ese momento ni en los años posteriores conoció que el banco atravesara dificultad ni se le advirtió que los estados financieros que se incorporaron a la documentación no fuesen ciertos y mucho menos que las cuentas de la entidad no reflejasen la imagen fiel, o no fueran ciertas.

La entidad aparentó una situación de normalidad, que en realidad no existía, hasta que finalmente estalló el escándalo el día 7 de junio de 2.017, que conllevó la amortización y pérdida total de la inversión realizada.

El proceso de contratación no ofreció las garantías legales, puesto que no se facilitó información con la antelación suficiente ni la claridad y transparencia exigibles en la contratación de un producto financiero, teniendo en cuenta el perfil conservador del cliente.

El consentimiento prestado por el Sr. Nemesio sufrió un dolo o error invalidante que conlleva la anulabilidad de la adquisición, puesto que mediante una dolosa ocultación se aparentó que el valor de las acciones era muy superior a su verdadero valor, ocultando las verdaderas pérdidas, pasivos y la situación de insolvencia que, en realidad atravesaba el citado banco. No existe nadie cuerdo que de haber contado con la información veraz de la situación en que, realmente se encontraba la entidad financiera y la falsedad de la información lanzada al mercado, adquiriera esas acciones. La entidad financiera tuvo un comportamiento doloso, que generó un error sobre aspectos y elementos esenciales de la adquisición, que determina la anulabilidad de dicha adquisición, siendo excusable.

La parte demandada alega la caducidad de la acción, dado que la compra de las acciones se llevó a cabo en el marco de la ampliación de capital de 2.012.

Respecto al fondo del asunto, la parte demandada considera que las acciones que se ejercitan pretenden desplazar al Banco el riesgo de la inversión de la parte demandante, pues la cotización de la acción del Banco Popular no fue descendiendo hasta el año 2.016, sin embargo como consecuencia de unos hechos posteriores extraordinarios (drástica retirada de depósitos), cuatro años después de la suscripción las autoridades europeas acordaron la resolución del Banco, que es la causa de la pérdida que reclama el actor.

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. A pesar de ello, el demandante que pudo vender sus acciones no lo hizo, asumiendo lógicamente el riesgo asociado al descenso de la cotización, que se iba produciendo.

Circunstancias de muy diversa naturaleza provocaron que BP sufriera un grave daño reputacional y una retirada máxima de fondos, la acción se situó como la peor del IBEX 35 por capitalización.

La acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento no resulta idónea como remedio para anular un contrato de suscripción de acciones.



El banco proporcionó la información necesaria a la parte actora sobre los riesgos de la inversión, en relación con la inversión de acciones de 2.012 con el resumen explicativo de condiciones de la emisión, la orden de compra de derechos y suscripción de títulos y los correspondientes folletos informativos.

SEGUNDO.

Para la resolución de la cuestión planteada debe partirse de los hechos probados por **notorios** a los que se refiere entre otras, 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 explicaría 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 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. Luis Angel , 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 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. Luis Angel se señala que en 2.011, y en momento de burbuja inmobiliaria, Banco 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 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 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..".

La sucesión cronológica de hechos (sin interpretaciones interesadas) es expuesta claramente en la sentencia de la A.P de Bilbao (sección 4) de 26 de noviembre de 2.018, nº recurso 524/2.018: " De los hechos probados.

Son hechos que la sentencia de instancia declara expresamente probados por **notorios**, conforme al art. 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (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:

En el 2016 Banco Popular tuvo problemas de capitalización, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2016 que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2016 por 2.505 millones de euros; previamente en el año 2012 se había realizado otra ampliación de capital.

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.



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

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 2016 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).

Entre el 28 de mayo y el 11 de junio de 2016 se hizo la oferta pública para acudir a la misma y que tuvo gran demanda (según diversos medios de comunicación hay una demanda de más del 35 % de lo ofrecido).

Suscritas las acciones comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2016, y a negociarse el día siguiente.

Tras la ampliación 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.

En febrero de 2017 se publican los resultados del Banco Popular del ejercicio anterior reconociendo pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros (informe anual que el banco cuelga en su página web).

El día 3 de abril de 2017 se comunica por Banco 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.

El 11 de mayo de 2017 Banco 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 " .

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 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 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 Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

El FROB, el mismo día 7 de junio, dicta una resolución que conlleva que el 8 de junio de 2017 se amorticen las acciones y seguidamente se decretó su venta al Banco Santander por un (1) euro.

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..." .



En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Graciela, 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 euros; en el intermedio -2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

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.

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.

El 30 de octubre de 2017 un acreedor del Banco 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.

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 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.

Partiendo de dicha cronología no cabe más que desestimar la acción de caducidad alegada, pues como señala la ST de la A.P. de Gerona de 15 de febrero de 2.019 (sección 2ª) nº recurso 817/2.018, que declara la nulidad de un contrato de adquisición de obligaciones subordinadas del Banco Popular concertado en 2.011: "El día inicial del cómputo de la caducidad de la acción no puede fijarse en el de la firma del contrato.

En dicho día no tuvo un conocimiento suficiente, lo que excluye iniciar desde él el cómputo.

Tampoco puede situarse en aquél en que recibió la información fiscal del año 2.011.

Dicho documento contiene información relevante fiscalmente de los distintos productos que el difunto esposo de la demandante tenía en el Banco Popular.

Que el valor de la inversión hubiera disminuido significativamente no implica por sí mismo que por dicha sola razón el cliente tuviera que representarse el riesgo de perder el capital o de dejar de percibir los rendimientos derivados de su titularidad.

No puede omitirse, como hace el banco, que en dicho momento, y durante diversos años, el cliente estaba percibiendo puntualmente los rendimientos derivados de su inversión.

Esta circunstancia no haría sino contribuir a reafirmar su creencia de que el producto a plazo que había adquirido seguía generando con toda normalidad los rendimientos previstos cuando lo compró.

Lo que sin duda alguna desencadenó que el cliente conociese que el producto que había adquirido no era un depósito a plazo y que había perdido toda su inversión (excepción hecha de los rendimientos percibidos), fue la intervención del FROB, que se produjo el día 7 de junio de 2.017.

Dicha resolución, que también afectaba a BPE Financiación y a sus emisiones, determinó, primero, la conversión de los bonos de deuda subordinada en acciones y, acto seguido, su valoración a cero euros.

A partir de ese momento el cliente conoció o pudo conocer que el producto adquirido pasaba a ser canjeado de forma obligatoria por acciones y que éstas carecían de valor alguno".

Teniendo en cuenta lo expuesto, la demanda iniciadora del presente litigio se presentó el día 22 de enero de 2.019.

Es decir, sobradamente dentro del plazo de cuatro años que prevé el artículo 1.301 del Código Civil español, lo que determina que no esté caducada.



La posibilidad de ejercitar la acción de nulidad por vicio en el consentimiento para anular la adquisición de acciones, ha sido utilizada de forma masiva en la acciones de Bankia, por lo que no cabe más que desestimar la alegación de la contestación a la demanda.

TERCERO.

Como premisa 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, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV). El demandante 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. 1266 CC, y en su caso, dolo o infracción de normas imperativas.

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, 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 CC, como del art. 1258 CC para los contratos, supongan que no pueden escamotearse datos decisivos o presentarse de forma sesgada o incompleta, dando a entender una situación que no se corresponde con la realidad.

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, 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.

Si las cuentas y el folleto facilitan datos correctos, no hay base para el pretendido error. Pero lo cierto es, tal y como se infiere de los hechos probados expuestos, 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, (en la que insiste el perito de la demandada en el punto 4.11 de su informe) 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.

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 Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de mayo de 2017, que se aporta como doc. nº 27 de la demanda, 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".

El propio Banco 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 Popular en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero.

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.

Sobre la situación patrimonial de Banco Popular al realizarse la Oferta Pública de Suscripción de Acciones, señala la sentencia anteriormente referida: "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.

Efectivamente consta aportado por el propio banco que las cuentas del ejercicio 2016, que se someterán a censura de la Junta General de accionistas recogen " una pérdida contable de 3.485 millones de euros; ", pues así se da a conocer en la nota de prensa de 3 de febrero de 2017. Poco después, el 5 de mayo, se reconocen en otra nota de prensa " pérdidas de 137 millones de euros en el primer trimestre" de 2017, por el esfuerzo en provisiones inmobiliarias..

Con tales datos resulta que tras incorporar más de 2.500 millones de euros al capital social, merced a la ampliación de 2016, 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 (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 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... ". El peor de los escenarios de los que advertía era ese, y sin embargo, las pérdidas que reflejan las cuentas anuales de 2016 son de 3.485 millones de euros. Esos datos son indicio de que, como sostiene el recurrente, la situación patrimonial de 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, 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 2016.

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 es el ofrecimiento que el adquirente del mismo tras su resolución, Banco de Santander, hizo a los antiguos accionistas.

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".

CUARTO.

Para el análisis de los vicios de consentimiento invocados debe partirse de un principio esencial en nuestro Derecho de Contratos, reconocido y reiterado por la jurisprudencia: "La voluntad base esencial del contrato, ha de ser para que lo genere libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten estas condiciones" (STS 29 diciembre de 1978).

Nos encontramos, pues, ante una controversia que exige determinar si entre los datos de hechos extraídos de las alegaciones y de los medios probatorios hay suficientes para decidir que los actores incurrieron en una incorrecta formación de su voluntad como consecuencia de una deficiente información sobre los productos contratados. Se ha de advertir que, en todo caso, ha de tratarse de un anomalía grave o que recaiga sobre el núcleo esencial del objeto del contrato, como dice la jurisprudencia: STS, Civil sección 1 del 12 de Noviembre del 2010 : dice el art. 1266 CC que "para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006 , se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "[...]es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, [...], y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe[...]".

Habla el Tribunal Supremo de "representación equivocada de la realidad", de que "el error no sea imputable al interesado", o que "sea excusable" en el sentido de no haber sido evitado a pesar de emplear una diligencia media o regular. Como antes se ha dejado ya apuntado, el contrato tiene como uno de sus pilares fundamentales la autonomía de la voluntad de las partes, autonomía que se puede ver amenazada cuando esa voluntad queda

minada por agentes externos que la alteran o la hacen prácticamente inexistente. El ser humano se mueve por la voluntad guiada por el intelecto. El consentimiento es la expresión de la concurrencia de ese doble factor. Si el conocimiento es imperfecto o erróneo, la voluntad se desvía de su objeto y puede acoger, externamente,



lo que realmente no deseaba. En una contratación en que la información que se ofrece a la otra parte es incompleta o confusa, se puede producir en el otro una representación de la realidad que no coincide con lo que realmente es objeto de contratación.

Las ST 603/2016 y 605/2.016, de 6 de octubre determinan que en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detalladamente y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyan la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable.

En lo que atañe al error, son, por tanto, la esencialidad y la excusabilidad los dos requisitos generadores del error como vicio del consentimiento que permitiría la anulación del contrato.

El resumen explicativo de condiciones de la emisión ni ningún otro documento ponen de manifiesto el verdadero agujero de la entidad, reconocido por parte del propio Banco Popular, cuando bajo la dirección de Ernesto se puso de manifiesto la necesidad de corregir las cuentas anuales de 2.016. La entidad incumplió su obligación de facilitar información exacta y veraz sobre su estado financiero real. Ello supondría que la entidad demandada ocultó información de significativa importancia a los adquirentes de este producto.

La falta de dicha información determina, que aún cuando el cliente hubiera sido consciente del producto que contrataba, no podía valorar el riesgo de crédito del mismo, es decir, evaluar si el interés ofrecido era razonable de acuerdo al riesgo que asumía.

La ST de la A.P de Oviedo (sección 5) de fecha 5 de octubre de 2.018 señala: "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 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 pudiese 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 Fabio, 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 cuál 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".

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.

En cuanto a la información facilitada por el banco demandado al suministrar una información periódica a su cliente del valor de su inversión es completamente irrelevante a los efectos del cumplimiento de la obligación de información anterior a la contratación del producto y a evitar que el cliente lo adquiriera desconociendo sus características básicas y sus riesgos.

La parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar, en fin, que debió el cliente tomar la iniciativa y proporcionársela por sus propios medios (STS de 20 de diciembre de 2017). La jurisprudencia ha venido entendiendo que la información que resulta relevante ante un inversor minorista, cual es el caso de autos, no experto en este tipo de contratación, es la que proviene de la confianza que le inspira la relación de clientela que mantiene con el comercializador de los valores, sobre todo, teniendo en cuenta que se trata de una entidad de crédito con la que el mismo mantiene relaciones duraderas en el tiempo, o que goza en la zona de una importante "solventia"; de tal modo que la existencia de un "folleto informativo" por sí solo no exime de responsabilidad al emisor ni garantiza que la información transmitida por el mismo haya sido adecuada, ni su sola existencia otorga capacidad al inversor, cliente minorista no profesional, para evaluar la naturaleza del producto, sus riesgos o la situación financiera del emisor.

La SAP de Madrid, Sección 14ª, núm. 407/2016 de 22 diciembre (JUR 20175372), el hecho de haber entregado el folleto informativo y tríptico resumen de la inversión no acredita el cumplimiento de los deberes que le corresponden a la entidad apelante, al tratarse de documentos estereotipados, o modelos genéricos no adaptados a las circunstancias concretas de cada cliente y operación, que han de considerarse insuficientes para evidenciar o demostrar que los actores fueran plenamente conscientes y conocedores del alcance y



de los riesgos de las operaciones suscritas. Los términos y conceptos utilizados son de difícil comprensión para personas sin conocimientos financieros acreditados. La firma por parte de éstos, no pasó de ser más que un mero trámite necesario para que se pudieran consumir las operaciones, pero absolutamente vacío de contenido y sin reflejar lo que aparentemente podría significar". Folleto que en el caso presente ni siquiera ha quedado acreditado fuera entregado a la actora.

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

Apreciado el error que invalida el consentimiento, lo procedente será, como dice el art. 1301 CC , que Banco Popular abone al cliente la cantidad invertida, más su interés legal desde el momento en que se compraron las acciones, hasta la fecha de esta sentencia, sin perjuicio de aplicar el art. 576.1 LEC . A su vez el cliente restituirá los títulos, tal y como para otros casos se ha establecido por las STS 81/2003, de 11 de febrero, rec. 1835/1997 , y STS 270/2017, de 14 mayo, rec. 267/2015 .

Por todo ello no cabe más que la estimación de la demanda.

QUINTO.

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

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. De Zulueta Luchsinger en nombre y representación de D. Nemesio debo declarar y declaro la nulidad de la orden de suscripción de 5.769 acciones de Banco Popular Español S.A de fecha 5 de diciembre de 2.012 por importe de 2.313,37 euros, así como de la orden de adquisición o contrato de adquisición de los 1.923 derechos de suscripción de fecha 5 de diciembre de 2.012 por importe de 686,51 euros, que está ligado a la adquisición de las acciones antes descritas, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Debo condenar y condeno a la entidad BANCO SANTANDER S.A a abonar a la parte actora la cantidad de 2.999,88 euros. Dicha cantidad devengará el interés legal correspondiente desde el día de la compra hasta la fecha de la sentencia. A partir de esta se devengarán los intereses del art. 576 LEC .

La parte actora procederá a devolver a la entidad bancaria las acciones que le fueron entregadas, y cualquier cantidad que haya recibido por parte de Banco Popular S.A por la suscripción de dichas acciones, con el interés legal correspondiente.

Procede la condena en costas de la parte demandada.

Contra la presente Sentencia, no cabe recurso.

Así por esta mi sentencia, que pronuncio, mando y firmo.