AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN PRIMERA
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-LEHEN ATALA

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004821 **Fax / Faxa**: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-19/002893
NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2019/0002893

Recurso apelación juicio verbal LEC 2000 / Hitz.jud.ap.2L 1175/2019 - A- UPAD CIVIL
O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Civil / Gasteizko Lehen Auzialdiko 8 zenbakiko Epaitegia - Arlo Zibileko ZULUP
Autos de Juicio verbal 292/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO SANTANDER S.A.
Procurador/a / Prokuradorea: IRATXE DAMBORENEA AGORRIA
Abogado/a / Abokatua: TADEO MARTINEZ MELGAREJO

Recurrido/a / Errekurritua: [redacted]
Procurador/a / Prokuradorea: JULIAN SANCHEZ ALAMILLO
Abogado/a / Abokatua: NATALIA BARBADILLO ANSORREGUI

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz constituida como Tribunal Unipersonal por la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo, ha dictado el día treinta de diciembre de dos mil diecinueve,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A Nº 1136/19

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 1175/19, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Verbal nº 292/19 promovido por **BANCO SANTANDER S.A.,** dirigido por el Letrado D. Tadeo Martínez Melgarejo y representado por la Procuradora Dª. Iratxe Damborenea, frente a la Sentencia nº 280/19 dictada el 30-05-19, siendo parte apelada **D.[redacted],** dirigido por la Letrada Dª. Natalia Barbadillo Ansorregui y representado por el Procurador D. Julian Sánchez Alamillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 280/19, cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"ESTIMANDO COMO ESTIMO ESENCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Sánchez, en nombre y representación de [redacted]*, contra Banco Santander S.A, representado por la Procuradora Sra. Damborenea, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la compra de acciones de Banco Popular realizada por la actora, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato y en concreto, la parte demandada ha de restituir a la parte actora el principal invertido (3.997,50 euros), con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la compra. Y la parte actora ha de restituir, en el caso de que haya percibido dividendos, las cantidades recibidas en tal concepto con los intereses legales desde la fecha de su cobro.*

Se condena en costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de **BANCO SANTANDER S.A.,** recurso que se tuvo por interpuesto por resolución de fecha 11-07-19, dándose el correspondiente traslado a la contraparte personada por diez días para alegaciones, presentándose por la representación de [redacted]**,** escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, por resolución de fecha 18-10-19 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la Ponencia a la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo, y por providencia de 29-10-19 se señaló para fallo el 12-12-19.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Falta de legitimación pasiva de Kutxabank SA por haber adquirido las acciones en el mercado secundario.

Banco Santander alega en el primer motivo de recurso que la acción de nulidad de la compra de acciones estimada en la sentencia es contractual, por lo que, no mediando ningún contrato entre el demandante y la demandada, la sentencia padece de un defecto que debe ser repuesto, cual es la falta de legitimación. Las órdenes de compra fueron entre KUTXABANK, entidad que no guarda relación con la demandada, y un tercero, que acudió al mercado secundario a vender sus títulos, banco Santander ni vendió, ni comercializó las acciones objeto de la demanda.

Es un hecho discutido que las acciones que fueron objeto de suscripción por la parte demandante se adquirieron en el mercado secundario. Resulta de la orden de adquisición de valores aportada al procedimiento que Banco Popular intervino como una empresa de servicios de inversión, artículo 138 LMV. El conjunto de la prueba practicada permite concluir que Banco Popular no prestó un servicio de asesoramiento ni desarrolló actividad de comercialización de las acciones, sino que se limitó a recibir una orden de valores de su cliente, transmitirla al mercado y ejecutarla.

Se ejercita con carácter principal acción de anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, por el que el actor adquirió las acciones y por tanto, la reclamación de la cantidad invertida por la actora en dichos títulos con sus gastos e intereses. Con carácter subsidiario, acción de reclamación de daños y perjuicios derivada del art. 38 TRLMV por las informaciones falsas u omisiones de datos relevantes del folleto, consistente en la reclamación de la cuantía de lo invertido por la actora en dichos títulos con sus gastos e intereses. Y también de forma subsidiaria, acción de responsabilidad por la elaboración y publicación de la información por vía del art. 124 en relación con los art. 118, 119, y ss TRLMV. De forma subsidiaria, otras cuatro acciones que no vamos a citar puesto que no será necesario entrar en su examen como después veremos.

La sentencia de instancia estima la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, y declara la legitimación de Banco Popular y, por ende, del Santander, por la información proporcionada por la entidad, no tanto respecto de las acciones adquiridas, producto que debe ser calificado como no complejo, sino sobre su salud financiera explicada con motivo de la ampliación de capital y cuyo objetivo fue captar recursos económicos, es en esa información y en la confianza generada, donde se origina el error esencial en la formación del consentimiento contractual.

La Sala no comparte este razonamiento, esta cuestión ya la resolvimos en la sentencia de 17 de junio de 2.019 y otras posteriores, decíamos entonces, y repetimos ahora que, en relación a la acción de anulabilidad, la demandada carece de legitimación pasiva.

"*Es cierto que la jurisprudencia ha reconocido la legitimación pasiva de la empresa de servicios de inversión para soportar el ejercicio de la acción de anulabilidad, incluso en la eventualidad de que la adquisición de valores se haya producido en el mercado secundario. La STS 652/2017, de 29 de noviembre refleja la jurisprudencia al respecto de productos de inversión complejos*:

"*Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero , 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras. Lo hemos hecho más recientemente y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.*

Hemos afirmado en esta última sentencia que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa , el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto".

Ahora bien, en el caso de autos no concurren los presupuestos para la aplicación de esta doctrina jurisprudencial. La misma ha recaído en relación con productos de inversión complejos y las acciones no son tales como ya se ha indicado, artículo 217 LMV. Otro presupuesto contemplado en dicha doctrina jurisprudencial es que la empresa de servicios de inversión haya realizado una comercialización del producto a su cliente. En el caso de autos no ha sido invocada, ni probada, esta labor comercializadora, sino una mera recepción, transmisión y ejecución de una orden de valores por iniciativa de la cliente inversora. Por ello, la relación con Banco Popular, en cuanto receptor de la orden de compra de valores emitida por la demandante, debe reconducirse a la del contrato de intermediación financiera.

Así las cosas, que la información sobre la situación contable y financiera del Banco Popular fuera inexacta no incide en el contrato de intermediación financiera que analizamos porque no hubo asesoramiento; la decisión de suscribir las acciones no se debió al intermediario financiero, según la tesis de la demandante, sino a la información difundida por el emisor. La actora dio orden de adquirir acciones de Banco Popular y la

demandada, en su condición de intermediaria financiera, transmitió la orden al mercado secundario y la ejecutó en las condiciones interesadas por la cliente, entregando los valores solicitados. Por tanto, procede apreciar la falta de legitimación pasiva de la demandada en cuanto a la condición de Banco Popular como empresa de servicio de inversión. La acción de anulabilidad debe ser desestimada."

Aplicada la misma doctrina al caso que nos ocupa, debe declararse la falta de legitimación en relación a la acción de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento.

Se da la circunstancia que Banco Popular era el emisor de las acciones adquiridas, y como tal emisor es responsable de las posibles inexactitudes del folleto de emisión, en los términos del art. 38 LMV. Como sociedad cotizada, se encontraba obligada a informar en el mercado secundario en los términos previstos en los art. 118 y ss LMV: informe anual, informe de auditoría, informes financieros semestrales y otros. El art. 124 LMV somete al emisor a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de que la información suministrada en cumplimiento de los art.118 y 119 LMV (informe anual, informe de auditoría e informes semestrales) no proporciona una imagen fiel del emisor.

Banco popular está obligado a suministrar una información real a nivel corporativo, y a nivel de los mercados de inversión a la CNMV. La información facilitada a los clientes llevó al actor a tomar la decisión de adquirir acciones del Banco y, desde esta perspectiva de la acción de indemnización de daños y perjuicios y la condición de emisor del Banco, concurre legitimación pasiva material en la demanda.

El régimen de responsabilidad del art. 124 LMV es equivalente, para el mercado secundario, al de responsabilidad por folleto del art. 38 LMV y, en cualquier caso, reclamándose por el actor una indemnización de daños y perjuicios con fundamento en la infracción del deber de informar sobre la imagen fiel de la sociedad emisora, cabría acudir a la acción de responsabilidad del art. 124 LMV con fundamento en el principio iura novit curia.

SEGUNDO.- Adquisición de acciones de Banco Popular SA. Información financiera de la entidad en la ampliación de capital de 2.016.

La sentencia de instancia afirma que Banco Popular no dio una imagen fiel de su situación financiera, la información sobre la ampliación de capital de 2.016 era incorrecta. Hace suyos los comentarios de la A.P. de Valladolid en sentencia de 4 de junio de 2.018 que, según dice la recurrente, contradicen los de otras sentencias de la A.P. de Madrid y Asturias.

Banco Santander afirma que la auditoria realizadas por PWC a Banco Popular reúne los requisitos de independencia, objetividad, profesionalidad y demás predicables a los peritos en la LEC. La sentencia no menciona el informe de PWC que acredita la corrección de la información financiera de la ampliación de capital. Tampoco tiene en cuenta la supervisión que la CNMV realizó sobre la ampliación de capital de banco

Popular, poniendo a disposición del público la información necesaria sobre sus valores. Y en esta misma línea afirma que el folleto informativo advertía de los riesgos asociados a la emisión, riesgos que desgraciadamente acaecieron y supusieron la intervención de la JUR, circunstancia prevista y contemplada.

La SAP Madrid, Sección 14ª, 242/2017, de 20 de julio , define el concepto de imagen fiel:

"... el concepto de imagen fiel de la sociedad, pieza esencial en el folleto y que afecta a todo su contenido, como elemento cualitativo fundamental de la oferta. Está conectado con la idea de veracidad, de manera que se transmita al mercado en general, y al inversor en particular que los datos del folleto son reales y auténticos: la confianza es un valor en sí mismo, y es esencial en la transparencia del mercado.

Para llegar a la conclusión de que el folleto no contiene la imagen fiel, no es preciso llegar a la falsedad, basta la inexactitud o, por mejor decir, que induzca a error a los inversores que por defectos de la información suministrada por el folleto, no pueden hacerse una idea fundada sobre la bondad y conveniencia de la inversión".

Como ya decíamos en nuestra sentencia de 17 de junio de 2.019, el principio de imagen fiel implica la concurrencia de las siguientes exigencias:

"*-Aplicación de la normativa contable.*

-*Presentación de una información relevante, fiable, comparable y comprensible.*

-*Suministro de la totalidad de la información adicional necesaria en la Memoria cuando los requerimientos de la normativa contable resulten insuficientes para permitir la comprensión de la situación de la sociedad*."

El Banco de España, en su circular 4/2017 recoge específicamente la obligación de las entidades financieras de reflejar su imagen fiel a través de su contabilidad.

A su vez, el artículo 38 LMV somete al emisor a la responsabilidad por los daños ocasionados a los adquirentes de valores como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto. Este régimen de responsabilidad se mantiene durante el periodo de vigencia del folleto, que será de doce meses, artículos 27, 32, 33, y 36 RD 1310/2005 de 4 de noviembre.

El régimen de responsabilidad por folleto se concreta, en el artículo 36 RD 1310/2005, en cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con dicho RD, siempre y cuando la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo.

El artículo 37.1 LMV dispone que la información del folleto deberá permitir a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y

pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.

Todo ello es el reflejo de la relevancia del deber de información que corresponde a las sociedades cotizadas hacia los inversores, quienes adoptan sus decisiones de inversión mediante la interacción de sus intereses económicos con los datos que los emisores aportan. La información, por tanto, constituye un factor con relevancia de primer orden que condiciona la toma de decisiones de los inversores. De modo que la difusión de información sustancialmente inexacta, que no refleje la imagen fiel del emisor, puede inducir al inversor a tomar una determinada posición inversora sobre la base de premisas falsas.

En la demanda se omite relatar cualquier circunstancia relativa a la comercialización de las acciones por parte del banco. El actor compró en la confianza de que la información publicada en el mercado por el banco era exacta, sitúa el error en la información emitida por banco Popular en la publicidad corporativa y en la emitida por la CNMV, por ser el banco una sociedad cotizada y, en consecuencia, obligada a emitir esta información periódica.

En la Resolución adoptada por el FROB el 7 de junio de 2.017 (folios 318 y ss del procedimiento), se procede a reducir el capital social de Banco Popular a O euros mediante la amortización de la totalidad de las acciones en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible, de conformidad con el art. 35.1 y 64.1d) de la Ley 11/2.015 de 18 de junio de recuperación y resolución de entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión.

Con carácter simultáneo ejecutar un aumento de capital por importe de 1.346.542.000 €, dividido en acciones de 1 euro de valor nominal, para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital adicional de nivel 1, así como efectuar la correspondiente modificación de los estatutos sociales ex art. 64.1.e) Ley 11/2015. A continuación resuelve reducir el capital social a cero euros mediante la amortización de las acciones resultantes de ésta ampliación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible de conformidad con los preceptos ya mencionados.

Con carácter simultáneo acordar un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital de nivel 2 en acciones de nueva emisión por importe de 684.024.000 €, de 1 euros valor nominal y modificar los Estatutos conforme ya se ha indicado.

Respecto a los informes periciales, ha de destacarse el aportado por la parte actora (anexo nº 25) emitido por D. Daniel Martínez, al que nos remitimos para no ser reiterativos, en el que se concluye que existen defectos de información financiera contenida en la información financiera del ejercicio 2015 y 2016, así como en la nota de valores y resumen de la emisión publicada el 26 de mayo de 2.016, que no permiten comprender la situación y realidad económica de la entidad a partir del a fecha de su publicación en la CNMV (pag. 66 del informe).

Las cuentas anuales consolidadas a 31 de diciembre de 2.016 no reflejan la situación económico-financiera de la entidad, ya que no incluyen parte de los ajustes requeridos. Las omisiones o defectos de información debían ser conocidas por la entidad a la fecha de la emisión del folleto de valores de 26 de mayo de 2.016, sin embargo, no han sido registradas en el folleto, y por tanto, dicho documento no refleja la realidad económica y financiera de la entidad.

La información financiera que un inversor toma como referencia, no refleja correctamente la situación y realidad económico-financiera de la entidad desde la publicación de los estados financieros del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2.015 y hasta la fecha de resolución y posterior venta al Banco Santander en fecha 7 de junio de 2.017, todo ello derivado de los diferentes análisis y evidencias puestos de manifiesto en el propio informe.

El informe contradice el emitido por el propio Banco, que no podemos calificar como verídico teniendo en cuenta los acontecimientos sucedidos desde el año 2.015, el informe no refleja la situación financiera del banco en el año 2.015, 2.106 y en la fecha de la emisión del folleto.

La auditoría de las cuentas realizada por PWC concluye (folio 132) que han verificado que la información contable que contiene el citado informe de gestión concuerda con los estados financieros intermedios del periodo de tres meses terminado el 31 de marzo de 2.016. "*Nuestro trabajo se limita a la verificación del informe de gestión intermedio*", y no incluye la "*revisión de información distinta de la obtenida a partir de los registros contables de Banco Popular Español SA y sociedades dependientes*.". Lo que significa que si la contabilidad del banco estaba alterada o no reflejaba la realidad de la situación era complicado que PWC lo averiguase.

Afirma que el Folleto Informativo de la ampliación de capital advertía de los riesgos asociados a la emisión, riesgos que desgraciadamente supusieron la intervención de la JUR. No se acredita por el banco (a quien corresponde la carga de la prueba en este extremo) que este folleto se entregase a la actora antes de proceder a la compra de las acciones. Por otra parte, el recurrente reconoce que los riesgos que el folleto menciona se cumplieron, el banco fue intervenido, los accionistas perdieron el capital invertido.

En la sentencia dictada por ésta Audiencia el 17 de junio de 2.019 analizábamos la situación económica de Banco Popular en las fechas previas a la ampliación de capital de 2.016, considerando probado que la información dada al público no era la veraz, no reflejaba una imagen fiel.

"*… del resultado de la valoración de la prueba practicada, se concluye que la información reflejada en la contabilidad del Banco Popular reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel. Este resultado se alcanzó por haber efectuado una estimación inadecuada, a la baja, de las necesidades de cobertura de la entidad frente a los niveles de morosidad de su clientela y por no reflejar la pérdida de valor de activos dudosos. Esta falta de rigor y prudencia en sus estimaciones le permitió, a su vez, documentar un mejor resultado en los ejercicios*

2013, 2014 y 2015 y afirmar que el propósito de la ampliación de capital de junio de 2016 era el de reforzar la solvencia de la entidad, cuando en realidad había necesidad de aumentar los niveles de cobertura del banco y absorber la pérdida de valor de elementos del activo.

Esta información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la demandante, en su condición de inversora. Este daño consistió en la pérdida total de la inversión por la decisión de las autoridades de supervisión de proceder a la total amortización del capital de Banco Popular y simultáneo incremento de capital del mismo para ofrecer su compra en subasta restringida (operación acordeón) adjudicada a BANCO SANTANDER, S.A. Se aprecia dicho nexo causal porque, aun cuando la demandante admite que decidió comprar acciones de una entidad con problemas de liquidez, la situación del banco era mucho peor que la reflejada en sus cuentas y el problema de liquidez suponía, en realidad, un grave problema de viabilidad de la entidad. La existencia de dudas en el mercado sobre la aparente solvencia del banco, reflejadas en las comunicaciones dirigidas por la entidad a la CNMV, detonaron en una retirada masiva de depósitos cuando la auditora externa, después de operado un cambio en el órgano de dirección de Banco Popular, comunicó la necesidad de incrementar determinadas provisiones. Si bien estos cambios no tenían, en relación a la magnitud de los valores del banco, relevancia suficiente para justificar una situación de iliquidez absoluta, representaban la confirmación de que las estimaciones empleadas por la sociedad no estaban correctamente ajustadas y ello desembocó en la retirada masiva de depósitos a la que alude la demandada.".

Pues bien, si Banco Popular tuvo resultados negativos en el año 2.016, lo lógico es pensar que cuando se produjo la ampliación de capital (junio del mismo año) la situación financiera del banco no era buena, existían pérdidas que el banco ocultó, y que ni PWC en su auditoria, ni la CNMV fueron capaces de detectar.

Esta situación influyó sin duda en los clientes que compraron las acciones puestas en el mercado con la ampliación de capital en la creencia de que Banco Popular era solvente, podría cotizar al alta en bolsa, y la compra era una buena inversión. Creencia completamente equivocada a la luz de los acontecimientos que sucedidos con posterioridad.

TERCERO.- Conclusiones. Error en el consentimiento. Indemnización del daño. Responsabilidad de Banco Santander SA.

La información inexacta sobre la situación financiera del banco Popular a lo largo del año 2.016 cuando se produce la ampliación de capital se encuentra conectada con el daño sufrido, la decisión de invertir de la actora se basó en un estado del banco que no se correspondía con su imagen fiel.

Además, Banco Santander admite en su escrito de recurso que, el reconocimiento de la falta de ajuste de los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad, provocó que la clientela retirara los fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando a Banco Popular en situación de inviabilidad inmediata.

Esta situación, comunicada al Banco de España y al Banco Central Europeo, supuso la activación del mecanismo europeo de resolución y, después de que otra auditora constatara la inviabilidad del banco, la amortización de las acciones de la entidad, incluidas las de la demandante, con la consiguiente pérdida de la inversión.

Las acciones son instrumentos financieros no complejos, lo que significa que el banco no está obligado a asesorar al cliente, más cuando la compra se realiza a petición de ésta, según afirma en el escrito de demanda. No hay rastro de actividad de asesoramiento en el relato de hechos de la demanda, lo que lleva a la conclusión de que el mismo no existió. A su vez, los servicios de recepción, transmisión y ejecución de órdenes de valores están exentos de la evaluación de conveniencia de conformidad con lo previsto en el artículo 216 LMV.

En el ámbito de los productos financieros, complejos o no, la sentencia del Pleno de 1ª Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 460 /2014), de 10 de septiembre indica:

"… *cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo) en tal caso, 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, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico*, …".

La información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la demandante, en su condición de inversora. Este daño consistió en la pérdida total de la inversión por la decisión de las autoridades de supervisión de proceder a la total amortización del capital de Banco Popular y simultáneo incremento de capital del mismo para ofrecer su compra en subasta restringida (operación acordeón) adjudicada a Banco Santander, S.A. Se aprecia dicho nexo causal porque, la situación del banco era mucho peor que la reflejada en sus cuentas y el problema de liquidez suponía, en realidad,

un grave problema de viabilidad de la entidad. La existencia de dudas en el mercado sobre la aparente solvencia del banco, reflejadas en las comunicaciones dirigidas por la entidad a la CNMV, detonaron en una retirada masiva de depósitos cuando la auditora externa, después de operado un cambio en el órgano de dirección de Banco Popular, comunicó la necesidad de incrementar determinadas provisiones. Si bien estos cambios no tenían, en relación a la magnitud de los valores del banco, relevancia suficiente para justificar una situación de iliquidez absoluta, representaban la confirmación de que las estimaciones empleadas por la sociedad no estaban correctamente ajustadas y ello desembocó en la retirada masiva de depósitos a la que alude la demandada.

Desde la perspectiva de la demandante, esta información inexacta se encuentra causalmente conectada con el daño sufrido en dos ámbitos: porque su decisión de invertir se basó en un estado del banco que no se correspondía con su imagen fiel; y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la falta de ajuste de los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad provocó que la clientela retirara los fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando a Banco Popular en situación de inviabilidad actual o inmediata (Fail or Likely to Fail, FOLF). Esta situación, comunicada al Banco de España y al Banco Central Europeo, supuso la activación del mecanismo europeo de resolución y, después de que otra auditora constatara la inviabilidad del banco, la amortización de las acciones de la entidad, incluidas las de la demandante, con la consiguiente pérdida de la inversión.

Por todo ello, con estimación de la acción subsidiariamente postulada, procede la condena de la entidad demandada, BANCO SANTANDER, S.A. en cuanto sucesora de Banco Popular Español al pago de la cantidad de 3.997,50 €, así como los intereses desde la fecha de la adquisición y demás gastos de la operación, conforme a lo solicitado por el actor en el súplico de la demanda.

CUARTO.- Costas.

La estimación de la acción subsidiaria no implica modificación del pronunciamiento sobre costas de la instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 394 LEC (STS 963/2007, de 14 de septiembre).

La estimación parcial del recurso en cuanto a la falta de legitimación pasiva de la demandada respecto de la acción de anulabilidad ejercitada con carácter principal, no obstante la estimación de la demanda, conduce a no imponer las costas de la alzada a ninguna de las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 398 LEC.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por BANCO SANTANDER SA representado por la procuradora Iratxe Damborenea contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento Verbal 292/2019, REVOCANDO PARCIALMENTE la misma y, en su lugar,

ESTIMAMOS la demanda interpuesta por [redacted] representado por el procurador Julian Sánchez CONDENANDO a Banco Santander SA a que abone al actor la suma de 3.997,50 € en concepto de daños y perjuicios, más los intereses legales desde la fecha de la ejecución de la compra; y las costas de la instancia.

En caso de haber cobrado dividendos, el actor deberá restituir el capital cobrado por este concepto más los intereses legales desde la fecha de cobro.

Y sin especial pronunciamiento de las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Presidenta que la firma y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.