ADMINISTRACION DE JUSTICIA

LUIS VELA ALVAREZ
Procurador de los Tribunales
NOTIFICADO: 06/07/2020

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
BADAJOZ

SENTENCIA: 00382/2020

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
BADAJOZ

SENTENCIA: 00382/2020
Modelo: N10250
AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275
Correo electrónico:

N.I.G. 06050 41 1 2018 0000115
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000417 /2019
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de FREGENAL DE LA SIERRA
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000103 /2018

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL (AHORA BANCO SANTANDER,S.A.)
Procurador: JAVIER GUTIERREZ REYES
Abogado: CONSUELO MARIA PUERTA VARELA
Recurrido: JAMONEÑO TU IBERICO EXTREMEÑO S.L.
Procurador: LUIS VELA ALVAREZ
Abogado: FRANCISCO JAVIER MORENO ARBIZU

SENTENCIA Nº 382/2020

ILMOS. SRES……/
PRESIDENTE:
DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA
MAGISTRADOS:
DON ISIDORO SÁNCHEZ UGENA
DON MATÍAS MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA (Ponente)

En BADAJOZ, a once de junio de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de BADAJOZ, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 103/2018 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Fregenal de la Sierra, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) Nº

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:DUBg-xM9C-aHxf-cMVV-E Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

417/2019, en los que aparece como parte ***apelante BANCO POPULAR (HOY BANCO DE SANTANDER, S.A.),*** *representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. D. JAVIER GUTIERREZ REYES, asistido por el Abogado D. CONSUELO MARIA PUERTA VARELA, y como parte* ***apelada, JAMONEÑO TU IBERICO EXTREMEÑO, S.L.,*** *representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. D. LUIS VELA ALVAREZ, asistido por el Abogado D. JAVIER MORENO ARBIZU, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma.* ***D. MATIAS MADRIGAL MARTINEZ PEREDA.***

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.*

SEGUNDO.- *Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 DE Fregenal de la Sierra por el mismo se dictó sentencia con fecha 19-02-2019, cuya parte dispositiva dice:*

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por JAMONEÑO TU IBERICO EXTREMEÑO S.L, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vela Álvarez y asistida por el Letrado Sr. Moreno Arbizu contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez Reyes y asistido por la Letrada Sra. Puerta Varela, en reclamación de NULIDAD DE CONTRATO de adquisición de las acciones, con los efectos que son propios, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de acciones de fecha 1 de junio de 2017 llevadas a cabo por la actora y condene a la demandada a la restitución del importe de CIENTO DOCE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (112.399,99 euros), aportados por la actora más los intereses legales devengados desde la fecha de dicha adquisición hasta su efectivo pago, más los intereses del art. 576 de la L.E.C, pasando igualmente la titularidad de las acciones a la demandada debiendo a su vez devolver la parte actora la totalidad de los rendimientos que hubiera percibido en concepto de dividendos con sus correspondientes intereses, así como al pago expreso de las costas procesales a la demandada."

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO.- *Notificada dicha resolución a las partes, por BANCO POPULAR, S.A., se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la parte contraria para su oposición o impugnación y verificado se remitieron los autos a este Tribunal con emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala que fue seguido por sus trámites.*

CUARTO.- *En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.*

Vistos*, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. MATIAS MADRIGAL MARTINEZ PEREDA.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La sentencia de instancia estima la demanda rectora y, en concreto, declara "la nulidad del contrato de adquisición de acciones de fecha 1 de junio de 2017 llevadas a cabo por la actora, condenando a la demandada Banco Popular S.A a la restitución del importe de 112.399,99 euros, aportados por la actora más los intereses legales devengados desde la fecha de dicha adquisición hasta su efectivo pago, más los intereses del art. 576 de la L.E.C, pasando igualmente la titularidad de las acciones a la demandada debiendo a su vez devolver la parte actora la totalidad de los rendimientos que hubiera percibido en concepto de dividendos con sus correspondientes intereses, así como al pago expreso de las costas procesales a la demandada".*

Pese al loable esfuerzo de la representación letrada de la entidad recurrente, a través de un brillante y exhaustivo recurso, donde se denuncia error en la valoración de la prueba e infracción de normas, este no podrá prosperar. Sin embargo, esta Sala no comparte en su totalidad la argumentación de la sentencia de instancia y adelanta que, la demanda debe ser estimada al acoger, no su pretensión principal anulatoria que ha sido estimada, sino la subsidiaria pretensión indemnizatoria que ejercitaba.

En dicho sentido, se hace preciso determinar la acción que la demandante puede ejercitar, toda vez que el día 1 de julio de 2017, la demandante, adquirió 200.000 títulos de acciones de Banco Popular Español, a través de la entidad Caixabank, por un importe total de 112.399,99 Euros

Debemos atender a lo dispuesto en Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de junio de 2019, Roj: STS 2025/2019, Nº de Recurso: 1000/2017, Nº de Resolución: 371/2019, Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES, que establece:

> *1.- El enunciado del único motivo de casación está mal formulado. La Audiencia Provincial no desestima la demanda porque considere que los contratos de compra de acciones en el mercado secundario no son anulables por vicio del consentimiento (art. 1300 CC), ni porque no aprecie la existencia de error en la prestación del consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC), sino porque concluye que contra quien se ha dirigido la acción de anulabilidad por dicho motivo, Bankia, carece de legitimación pasiva para soportarla.*
>
> *Por esta misma razón, la cuestión nuclear a resolver en este recurso de casación es si, tras la compra de unas acciones en bolsa, en la que actúa como intermediaria la propia entidad emisora, ésta tiene legitimación pasiva en una acción de nulidad del contrato de compra por error vicio del consentimiento.*
>
> *2.- Las operaciones de compraventa bursátil son negocios jurídicos complejos que incluyen distintas figuras contractuales: unas órdenes cruzadas de compra y venta y unos contratos yuxtapuestos de comisión mercantil, en los que aparte del comprador y vendedor intervienen como intermediarias (una por parte del vendedor y otra por cuenta del comprador) unas agencias de valores, unas sociedades de valores o unas entidades bancarias (en general, Empresas de Servicios de Inversión, ESI).*
>
> *La compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. El objeto de este contrato -los valores negociables e instrumentos financieros- y su forma de representación, hacen que la compraventa en los mercados secundarios oficiales no consista en un contrato por el que el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada a cambio de un precio. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de éste se transmitan al comprador a cambio del pago por éste de un precio.*

3.- El vendedor no entrega unas acciones al comprador, que le paga por ellas un precio, sino que interviene necesariamente un operador del mercado, se ejecuta una transferencia contable de las acciones anotadas en cuenta y un pago con intermediario, de acuerdo con una operativa de compensación y liquidación reglada. Las partes no entran en contacto, las ofertas y las demandas se introducen por un tercero en un sistema informático, en el que las operaciones son anónimas y se produce la compensación y liquidación de forma masificada y normalizada, según un procedimiento establecido reglamentariamente.

Por ello, junto a las tradicionales partes del contrato de compraventa, vendedor y comprador, la normativa específica del mercado secundario oficial de la Bolsa de valores exige la intervención necesaria en la conclusión del contrato de un comisionista bursátil y después, en la ejecución, de una entidad de contrapartida central y de una entidad de liquidación. Pero ello no quiere decir que, a efectos obligacionales, tales entidades intermediaras y liquidadoras sean parte en el contrato de compraventa de las acciones, sino que dicho contrato debe realizarse con su intervención mediante la yuxtaposición de otras figuras jurídicas complementarias.

4.- El art. 10.1 LEC dispone que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En las acciones de nulidad relativa o anulabilidad, la legitimación pasiva les corresponde a todos quienes hubieran sido parte en el contrato impugnado y no sean demandantes, y a quienes sean titulares de derechos derivados del contrato / arts. 1257 y 1302 CC).

Por lo que, respecto de la relación jurídica nacida de un contrato de compraventa, frente al ejercicio por el comprador de la acción de anulabilidad por haber prestado su consentimiento viciado por error, la legitimación pasiva no le corresponde más que el vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno. Recuérdese que el art. 247 Como establece que cuando el comisionista no contrate en nombre propio, las relaciones jurídicas se producirán directamente entre el comitente (Alforpe) y la persona que haya contratado con el comisionista (el tercero que vendió sus acciones en la bolsa), quedando al margen el comisionista.

5.- Este tribunal, en diversas sentencias, ha flexibilizado este requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015 ; 625/2016,

de 24 de octubre ; 718/2016, de 1 de diciembre ; 477/2017, de 20 de julio ; y 10/2019, de 11 de enero).

Pero, aparte de que dicha jurisprudencia se ha aplicado a productos financieros complejos, entre los que no se encuentra la compraventa de acciones que cotizan en bolsa, la razón por la que hemos reconocido en estos casos legitimación pasiva al banco intermediario ha sido que 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 - como sí sucede en la compraventa bursátil de acciones cotizadas-, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero 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.

6.- En este caso, en la demanda se pretende la nulidad de la compra de las acciones en el mercado secundario, no del contrato de intermediación entre Alforpe y Bankia (en su calidad de ESI), que sería una modalidad de comisión mercantil.

Bankia no vendió las acciones, porque no se trató (en lo que atañe al recurso de casación) de una venta como consecuencia de una oferta de la propia entidad (OPS), o en el mercado primario, sino de una venta en el mercado secundario (bolsa) en la que Alforpe compró las acciones a un tercero, del que se desconoce cómo las había adquirido a su vez. Bankia prestó a Alforpe el servicio de inversión previsto en el art. 63.1. a) de la Ley del Mercado de Valores (LMV), esto es "la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros", servicio reservado para entidades específicamente autorizadas para ello (las ESI), en virtud de lo dispuesto en los arts. 64 y 65 de la misma Ley .

7.- Bankia tendría legitimación pasiva si se hubiera instado la nulidad del contrato de comisión entre Alforpe y Bankia, pero no en el de adquisición de las acciones . E incluso en el caso de que se hubiera instado la nulidad de la operación bursátil en su totalidad (el conjunto de compraventa y comisiones de compra y venta), habría también un defecto de constitución de la relación jurídico-procesal en su lado pasivo, pues debería haberse demandado también al vendedor de las acciones.

Aun cuando se considerase que Bankia había incurrido en un defectuoso asesoramiento o que debía responder por la inexactitud del folleto, ya que las adquisiciones se realizaron dentro de su periodo de vigencia, tampoco tendría legitimación pasiva respecto de una acción de anulabilidad de la compra de

acciones por error vicio del consentimiento, sino, en su caso, en una acción de indemnización de daños y perjuicios."

SEGUNDO.- *Respecto de la acción de indemnización de daños y perjuicios el Tribunal Supremo en su sentencia del 18 de enero de 2007 (ROJ: STS 176/2007), Sentencia: 1/2007, Recurso: 924/2000 , Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, señala que:*

"Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil , que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses".

De conformidad con la doctrina expuesta, entiende la Sala que la acción que la actora ostenta frente a la entidad demandada Banco Popular, hoy Banco Santander, es la acción de indemnización de daños y perjuicios y no así la acción de nulidad del contrato. Acción de indemnización de daños y perjuicios que es fundada en irregularidades en el folleto y en los informes periódicos, ex artículos 38 y 124 LMV, al no disponer la adquirente de las acciones con información posterior relevante debido al escaso tiempo transcurrido entre la ampliación de capital y la suscripción.

En el caso de venta de acciones llevadas a cabo en la Oferta Pública de Suscripción, nos encontramos ante una oferta

pública de acciones que se sustenta en unos documentos y folletos, cuya veracidad, a los meros efectos civiles, se desvirtúa por los propios hechos acaecidos en torno a la demandada, en especial la discordancia de datos de su contabilidad, afirmando para el mismo período unos beneficios, para manifestar después millonarias pérdidas.

Unas acciones no pasan de tener un valor determinado a quedar reducido, prácticamente a cero, sin causa alguna. Tampoco, la coyuntura económica puede justificar una pérdida total del valor de las acciones. Desde luego, la entidad demandada no cumple con su respectiva carga en la equilibrada regla del onus probando, ex art. 217 LEC, en aras a justificar semejante cambio.

En este sentido, el Tribunal Supremo establece en sentencia del 10 de diciembre de 2015, Roj: STS 5257/2015, Nº de Recurso: 1678/2012, Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO,

> *"Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.*
>
> *9. Desestimación del motivo segundo. Constituye jurisprudencia constante de esta Sala que bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis 3 LMV introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error [Sentencia 588/2015, de 10 de noviembre , con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014].*
>
> *En el contexto de esta jurisprudencia, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del swap, corresponde al banco demandado que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Razón por la cual, el tribunal no infringió las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC, porque, por facilidad probatoria, correspondía al*

banco la carga de probar que cumplió con los deberes de información>>

TERCERO.- *Junto con la demanda fue aportado al procedimiento informe en el que puede concluirse que las cifras que presentaba la entidad en sus cuentas no reflejaban su imagen fiel, debido a que los activos tóxicos no estaban debidamente provisionados y existía una importante morosidad de sus clientes, de tal manera que se reflejaba una imagen real de beneficios y no una situación de pérdidas reales. Indica que el problema no fue meramente de liquidez sino de solvencia y todo ello en relación con lo siguiente:*

1. 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 2016, que no permiten comprender la situación y realidad económica de la entidad a partir de la fecha de su publicación en la CNMV.

2. Los fondos propios se ven reducidos en -770 millones de euros a 31 de diciembre de 2015. De los -770 millones de euros de defecto en el patrimonio neto, -464 millones de euros son relativos a los nuevos criterios de amortización del Fondo de Comercio y afectan al resultado individual y consolidado de 2015 en -121 millones de euros.

3. El efecto en resultado de -121 millones de euros, se registra en las cuentas anuales individuales de Popular de 2016 (pasan de 136 millones de euros de beneficio a 15 millones de euros de beneficio), pero no se traslada a las cuentas anuales consolidadas de 2016, que hubiese implicado el paso de beneficio por 105 millones de euros a pérdidas de -6 millones de euros. Este hecho tiene implicaciones para la auditoria de 2015, ya que, el paso de beneficio a pérdida, pudo haber reducido sustancialmente la materialidad de auditoría (importe a partir del cual se podría haber considerado que las cuentas anuales no reflejaban la imagen fiel) por lo que, aplicando los criterios de materialidad adoptados a las cifras totales ajustadas de 2015, se hubiera producido una nueva situación económico-financiera de la entidad (preexistente, pero no informada a 26 de mayo de 2016).

4. El cambio de beneficio a pérdida en el ejercicio 2015, implica que, los auditores hubieran podido incluir

ajustes, y realizar trabajo que, con la materialidad anterior, técnicamente no resultaban relevantes.

5. Se han omitido 3.600 millones de euros de pasivos exigibles a la vista en el GAP de liquidez reflejado en la nota de valores relativo al ejercicio 2015, lo que supone una reducción del 24,08% del GAP total declarado a 31 de diciembre de 2015.

6. Esta omisión de información resulta especialmente relevante, ya que la suspensión de la cotización y posterior amortización de las acciones del Popular, el 7 de junio de 2017, se determina por liquidez.

7. En las cuentas anuales de 2015, no se registra la información requerida en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) 7 y 13 (relativas al GAP de liquidez, y a los criterios de valoración de los activos inmobiliarios), por lo que la información disponible, no se adecúa a los preceptivos estándares de información financiera.

8. Las ratios de solvencia publicados en las cuentas anuales de 2015 y primer trimestre de 2016 no son correctos, ya que no incluyen los ajustes en fondos propios y resultados, detallados en los puntos anteriores. Según nuestras estimaciones, y la información publicada con posterioridad a la emisión de la nota de valores, a 31 de marzo de 2016, la ratio de capital CET1 publicado, estimado por nosotros debería haber sido del entorno al 8,20%, cuando el mínimo exigido por el BCE para Popular en 2016 era de 10,25%, y el publicado en las cuentas anuales del ejercicio 2015 y primer trimestre de 2016, es de 12,71%.

9. Teniendo en cuenta el efecto de los ajustes anteriores originados por los cambios de criterio recogidos en la Circular 4/2016, de 27 de abril, publicada en el BOE de 5 de mayo de 2016, a 31 de marzo de 2016, Popular era insolvente.

10. Existe un defecto de estimación de las pérdidas del ejercicio 2016 de 2.880 millones de euros, derivado de las modificaciones a consecuencia de la aplicación de la Circular 4/2016 de Banco de España (4.888 millones de euros, frente a los 2.000 millones de euros de pérdidas estimadas como incertidumbre).

11. Con la aplicación de los requisitos de la Circular 4/2016, de 27 de abril, que transpone parcialmente el Reglamento UE/575/2013, las estimaciones a 31 de marzo de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

2016, sobre las ratios de solvencia son erróneos y la entidad hubiese incurrido en situación de insolvencia, por no alcanzar la ratio CET1 mínimo exigido por el Banco de España/Banco Central Europeo/European Banking Association.

12. La presentación a inversores publicada en hecho relevante de 26 de mayo de 2016, no contiene toda la información relevante, y refleja, en contra de la realidad económicofinanciera equilibrada, cuando, como ha quedado demostrado, y se evidencia por la posterior suspensión de cotización y venta a Banco Santander, no era así.

13. En la presentación se especifica que solo puede ser suscrita por inversores cualificados o relevantes, la comercialización a inversores no cualificados supondría un incumplimiento de la información comunicada a la CNMV (cuya responsabilidad de recabar la información es de la entidad) y la posible anulación de dichas suscripciones por inversores no cualificados agravaría el desfase de ratios de solvencia en el tercer y cuarto trimestre de 2016 y por ende en las cuentas anuales del 2016.

14. Las cuentas anuales consolidadas a 31 de diciembre de 2016, tampoco reflejan correctamente la situación económico-financiera de la entidad, ya que no incluyen parte de los ajustes requeridos (antes comentados).

15. Los ajustes relativos al Fondo de Comercio del ejercicio 2015, -363 millones de euros netos de disminución de fondos propios y -121 millones de euros mayor gasto, que implicaría el paso de 106 millones de euros de beneficio (antes de ajuste de fondo de comercio) a -6 millones de euros de pérdidas, no quedan reexpresadas en las cuentas anuales consolidadas de 2016 (al igual que sí queda reexpresado en las cuentas anuales individuales de dicho ejercicio).

16. Las omisiones o defectos de información referenciados en los puntos anteriores, debían ser conocidas por la entidad a la fecha de emisión del Folleto de Valores de 26 de mayo de 2016, sin embargo, no han sido registradas en el folleto, y por tanto, dicho documento no refleja la realidad económico-financiera de la entidad.

17. La nota de valores se publica en la CNMV el 26 de mayo de 2016, mientras que la publicidad en el BOE de la Circular 4/2016, de 27 de abril, se produce el 5 de mayo de 2016. El hecho de que la Circular 4/2016 se publique 21 días antes que la nota de valores, unido a que el contenido total

de los requisitos de Basilea III (Reglamento UE/575/2013), que transpone parcialmente la Circular 4/2016, están publicados desde el 27 de junio de 2013 y son de obligado cumplimiento en España, implica que debía conocerse e informar a los inversores sobre los efectos patrimoniales de la aplicación de dicha norma en la información financiera.

La sentencia de instancia concluye su decisión condenatorio tras el análisis y de hechos totalmente probados e infiere que la demandada oculta información y la realidad misma, en el momento de emisión del folleto y que dicha mentira, se mantuvo hasta la fecha de resolución, 7 de junio de 2017.

***CUARTO.**- Conviene recordar que conforme al art. 35 LMV, la información que debe acompañar el emisor de valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial está definida por el informe financiero anual que "en el plazo máximo de cuatro meses desde la finalización de cada ejercicio " debe hacerse público y difundirse entre el público y a su disposición durante al menos cinco años, acompañado del correspondiente informe de auditoría, así como a lo que denomina el RD 1310/2005, que desarrolla la LMV en materia de admisión a negociación de valores en el mercado secundario oficial, la "remisión de información anual" -art 15 -, lo que implica que cuando se produce la adquisición por la actora, ahora apelada, en el mercado secundario de las acciones emitidas, no hay más información que la contenida con ocasión de la emisión originaria, la del Folleto OPS, cuya validez se extiende, dice el art. 27 RD 1310/05 , por un periodo de doce meses, con un arrostramiento de la apariencia generada por la sociedad cotizada de la que fue, y solo ella, responsable.*

la abundante y técnica prueba documental, relativa a los propios resultados publicados por el BANCO POPULAR, S.A correspondientes al ejercicio 2016; al y Hecho relevante comunicado a la CNMV el día 3 de abril de 2017, al que se une el Informe de Auditoría elaborado por PwC, todo ello, para constatar las alegaciones de la parte actora sobre la imagen irreal de beneficios que reflejaba el BANCO POPULAR, S.A y la ocultación de las pérdidas reales, negando que la tesis de la propia entidad demandada de que la situación de graves pérdidas se produjo en los trimestres siguientes a la ampliación de capital y obedecieron a circunstancias

sobrevenidas y riesgos expresamente advertidos a los accionistas.

Nótese que, el fundamento de la acción de nulidad por vicio del consentimiento, reside en la ocultación de la verdadera situación financiera del Banco, pues de haber sido conocida por los actores, no hubieran acudido a dicha ampliación, afirmando la Juzgadora, tras analizar el conjunto de las pruebas practicadas que, la grave situación que atravesaba el Banco Popular no tuvo su inicio en la fecha de la ampliación de capital de 2016, sino muchos años antes, y también fue ocultado. Respecto al contenido del folleto de emisión, el perito de la demandada insiste negando que incorporase inexactitudes ni proyectaba una imagen del Banco distanciada de la realidad financiera en el momento de la publicación del folleto.

Insiste que, la reexpresión voluntaria de las cuentas anuales de la entidad a 31 de diciembre de 2016, que anuncia el Hecho Relevante de 3 de abril de 2017, no prueba que hubiese inexactitudes significativas ni en el folleto ni en los estados contables anteriores a ese período, ya que dichos ajustes

"no representan por sí solos, ni en su conjunto, un impacto significativo en las cuentas anuales de la Entidad a 31 de diciembre de 2016 que justifiquen su reformulación."

Según los datos manejados por la CNMV, en los tres casos analizados el impacto sobre las cuentas era superior al inicialmente previsto. Ello implica que, al calcular qué suponían estos ajustes sobre el patrimonio neto de la entidad resultaba que superaban el umbral mínimo del 2% que establece la normativa actual -se situaba en torno al 3,5%- lo que obliga a considerar "material" dicho impacto y, por lo tanto, la entidad debería haber procedido a reformular sus cuentas, en lugar de reexpresarlas, lo que habría tenido consecuencias muy graves para Popular.

No cabe duda que, el contenido del folleto de emisión, en modo alguno, se ajustaba a la realidad financiera del Banco Popular, ante, al contrario, ocultó la misma incorporando inexactitudes proyectando una imagen del Banco distanciada de la realidad financiera en el momento de la publicación del folleto.

La conclusión a alcanzar es la incorrección de la información contenida en el folleto de emisión, puesto a

disposición del mercado, con ocasión de la ampliación de capital, pues ciertamente, como hemos visto, la información pública puesta a disposición del mercado con motivo de la ampliación de capital de 2016, y plasmada en el folleto informativo, no era coherente con la realidad del Banco Popular, que ya venía distorsionada desde varios años antes, y todos los problemas citados fueron ocultados a todos aquellos que acudieron a la ampliación de capital y a las propias autoridades regulatorias.

QUINTO.- *En este caso, el Banco ocultó la verdadera situación económico-financiera, como lo venía haciendo desde la crisis inmobiliaria, a fin de que tuviera éxito la OPS, pues presentaba una falta de liquidez y de solvencia que fue enmascarada, ofreciendo una imagen sesgada de la realidad (omitiendo el negocio inmobiliario y manipulando ratios de rentabilidad), con el fin de influir en la compra de acciones. Esta falsa información, que reflejaba una imagen irreal de beneficios, en lugar de una situación de pérdidas reales, se ocultaba mediante el uso de artificios contables, con el fin de no reflejar la verdadera situación de pérdidas.*

El Banco Popular, mantuvo los activos con valores irreales en el balance del Banco, lo que también desvirtuaba la verdadera situación patrimonial y de solvencia del Banco.

Y ello, debido a la importancia que la información sobre la situación financiera y las perspectivas del emisor, tiene a la hora de tomar la decisión de invertir en esa entidad emisora, por lo que viene obligada a facilitar los datos económico financieros reales, veraces, objetivos, actualizados y completos, sin omisión de ningún dato relevante. Por todas estas circunstancias, la compra de acciones se ha visto afectada por un claro, manifiesto y evidente dolo civil, por omisión de la información esencial del producto que se suscribe, que ha determinado una errónea formación del consentimiento en el inversor.

Ciertamente, ello afecta a las compras de acciones del Popular, tanto las realizadas en la ampliación de 2016, como las realizadas durante el tiempo en que estuvo engañando sobre su situación financiera, pues como reconoce, quien fuera su presidente, la crisis financiera del Banco y la ocultación de datos económicos, tiene su origen con la crisis inmobiliaria, y se extiende, hasta que se acordó su resolución.

El informe aludido, que fue incorporado a la litis, es ratificado en todos los extremos por el informe de la CNMV de 23 de mayo de 2018, informe que da origen a la apertura del expediente sancionador a Banco Popular.

La recurrente no puede desligarse de la causa, entendida esta como la causa concreta del negocio jurídico de adquisición de acciones en ese mercado oficial, los móviles subjetivos de las partes con relevancia contractual porque en el caso, están incorporados a través de la información recibida de la sociedad emisora a través del Folleto de la OPS que aportaba lo relativo al estado financiero de la sociedad cotizada en un momento en que dicha información seguía siendo oficialmente, la misma y donde el inversor era adquirente de la OPS en modo tal que si aquella información le había hecho atractiva la inversión original, ninguna razón había para que no lo siguiera siendo en la inversión posterior.

Es por ello que no cabe aceptar la máxima de que quien contrata debe soportar el riesgo de una inversión no acertada pues en el caso, no había falta de acierto sino conocimiento equívoco, vicio de consentimiento, generado por el emitente. Lo que nos mueve de nuevo a la doctrina del error vicio del consentimiento.

La legitimación pasiva de la entidad recurrente no ofrece duda. Su responsabilidad dimana del art. 28 y 35 ter LMV por la elaboración y publicación de la información contable periódica que ha de suministrarse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores conforme al art. 35 del mismo cuerpo. Ello también se aplica a las adquisiciones realizadas en el mercado secundario (Sentencias TS de 19 de abril de 2016; 3 de enero de 2017 (Rollo 2139/16,) y se dirige contra el emisor, con independencia del intermediario en la adquisición.

QUINTO.- *Partiendo de las consideraciones expuestas, estima la Sala que la oferta, integrada por el Folleto y los informes periódicos, así como la publicidad que se hizo por la entidad Banco Popular no reflejaba la realidad económica del Banco, se ocultaron y tergiversaron los datos en relación con los riesgos, determinándose poco después que la situación era gravísima, provocando que los organismos internacionales acordaran la resolución de la entidad, y todo ello sin que se produjese ningún hecho extraordinario que justificase que el Banco pasase a no ser viable, y sin que la entidad haya dado ninguna explicación coherente sobre ello.*

Por ello, se ha de estimar sustancialmente la demanda , en su subsidiaria pretensión, y la entidad deberá indemnizar a lo actora en el importe de la cantidad invertida en la compra de las acciones, en la suma de 112.399,99 euros, de la que se deducirá las cantidades que hubiese percibido la parte actora en concepto de dividendos y el valor de las acciones de que dispone la demandante, fijado a la fecha de la sentencia de primera instancia, todo lo cual se determinará en ejecución de la sentencia.

Dado que la cantidad no es líquida no se accede a la petición de los intereses legales desde la fecha de la demanda, sin que esta desestimación tenga relevancia en cuanto a las costas por tratarse de una estimación sustancial.

Está cantidad devengará el interés legal establecido en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- *Las costas de la apelación desestimada, por imperativo del artículo 398, se impondrán a la parte recurrente.*

Se confirma el pronunciamiento sobre costas procesales basado en el criterio de vencimiento, al no apreciar la Sala, dudas de hecho o de derecho.

Asimismo, procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Estimado en parte el recurso al denegarse la petición principal de la demanda, no se imponen las costas de esta alzada, con devolución del depósito constituido para recurrir. Las costas de primera instancia se confirman dado que el interés económico de la pretensión subsidiaria es el mismo, con lo cual opera el criterio del vencimiento.

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

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLAMOS

Estimamos en parte *el recurso de apelación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, s.A., revocamos en parte la sentencia nº 12/2019m de 19 de febrero, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Fregenal de la Sierra, en el juicio ordinario nº 103/18; Recurso de Sala nº 417/19; y en su lugar, conforme a la fundamentación jurídica de esta resolución y con el contenido en la misma expuesto , es decir, debemos estimar y estimamos sustancialmente la demanda , en su subsidiaria pretensión, y la entidad deberá indemnizar a lo actora en el importe de la cantidad invertida en la compra de las acciones, en la suma de 112.399,99 euros, de la que se deducirá las cantidades que hubiese percibido en concepto de dividendos y el valor de las acciones de que dispone dicha demandante, fijado a la fecha de la sentencia de primera instancia, todo lo cual se determinará en ejecución de la sentencia.*

No se accede a la petición de los intereses legales desde la fecha de la demanda, sin que esta desestimación tenga relevancia en cuanto a las costas por tratarse de una estimación sustancial.

Está cantidad devengará el interés legal establecido en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

Condenar al apelante al pago de las costas de esta alzada, con pérdida del depósito constituido.

Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada, las de esta alzada no se imponen y se devuelve el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos Srs magistrados al margen reseñados. ***"D. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona; D.Isidoro Sánchez Ugena; D. Matías Madrigal Martínez-Pereda"*** *.- De conformidad con lo dispuesto en el art.204.2 de la L.E.C. habiéndose imposibilitado el Magistrado D.Isidoro Sánchez Ugena quién votó en Sala y no pudo firmar, firma por él el Presidente D.Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona. Rubricados*

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 tutelar 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.