

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
E INSTRUCCION N° 4 MASSAMAGRELL**

Juicio verbal (250.2) [VRB] - 000640/2018 -A
N.I.G.: 46250-42-1-2018-0040649

Demandante: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador: [REDACTED]

SENTENCIA N°61/2019

Massamagrell a 23/04/2019.

Vistos por mi Pablo Ignacio Luján Martínez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 4 de Massamagrell y su Partido, los presentes autos de juicio VERBAL procede dictar la siguiente resolución,

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por la representación procesal de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] se presentó en fecha 10/10/2018 demanda de juicio VERBAL contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA y sobre la base de los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y, después de alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dictase sentencia condenando al demandado en los términos establecidos en el suplico de su demanda.

La demanda fue admitida por decreto de 20/11/2018 y fue contestada por la demandada, Banco Santander S.A. como sucesor universal del demandado el 28/01/2019

El día 15/04/2019 tuvo lugar la vista, resolviéndose verbalmente desestimar la pretensión de suspensión por prejudicialidad penal, y practicándose la siguiente prueba:

1. Por la actora. Documental por reproducida.
2. Por la demandada. Documental por reproducida. Pericial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercita por [REDACTED] contra Banco Popular, principalmente una demanda en reclamación de que se declare como petición principal la nulidad del contrato de adquisición de acciones por vicio del consentimiento (error-dolo) producido por la contraparte derivado de una inadecuada, falsa e insuficiente información y una acción de resarcimiento.

Funda su pretensión la actora en considerar que la información recibida en el momento de suscribir las acciones de ampliación de capital del Banco Popular en el año 2016 no reflejaba la imagen fiel de la entidad.

En la propia vista se desestimó la petición de suspensión por prejudicialidad penal, por las mismas razones que múltiples resoluciones tales como la sentencia 3/2019 de 8 de enero del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Fuenlabrada apunta, esencialmente "la decisión del tribunal penal no afectaba ni determinaba la resolución de este pleito toda vez que el objeto del presente procedimiento civil no es determinar si las cuentas presentadas por el Banco eran o no falsas sino si en el momento de suscribir las acciones el demandante había sido debida y claramente informado de la situación económica y financiera real de la entidad de forma que pudo tomar una decisión plenamente consciente de los riesgos y las ventajas que entrañaba la inversión".

SEGUNDO.-Siguiendo la argumentación aplicable en otros pleitos que por idénticas razones impugnaban la suscripción de acciones se considera que la acción como instrumento financiero no constituye un producto complejo de inversión por lo que no son aplicables las exigencias informativas reforzadas que la legislación exige para otros productos complejos.

La clara razón o fundamento de ello es que son productos fácilmente liquidables a precios públicamente disponibles, evaluados por un sistema independiente al emisor y, además, productos medianamente comprendidos en sus características por los inversores. La carencia de relación contractual entre litigantes de un contrato de gestión de cartera o de asesoramiento en materia de inversiones, excluye, igualmente, la necesidad de la práctica del test de idoneidad. Las acciones de la demandada fueron suscritas consecuencia de una Oferta Pública de Suscripción (OPS) y Venta por parte de la entidad Banco Popular.

Sobre esta clase de producto, esa vía de suscripción y la normativa aplicable, la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como ya ha enjuiciado en las sentencias tiene dicho que: " El producto financiero suscrito por el actor son acciones, instrumentos de inversión regulados en la Ley de Mercado de Valores de 1988 que expresamente en su artículo 2 las menciona como objeto de su aplicación. La normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual, es la protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgos, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son productos de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos.

En el caso actual es de resaltar por su gran relevancia y trascendencia solutiva, que nos encontramos ante una Oferta Pública de Suscripción (OPS) y Admisión a Negociación de Acciones, definida en el artículo 30

bis de la Ley Mercado de Valores, en estos términos ("*toda comunicación apersonas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores*"). El legislador impone para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas, un deber específico y especial de información, regulado de forma exhaustiva, cual es, la publicación de un "*folleto informativo*", confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, al caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción (artículo 30-2). Por consiguiente, el folleto informativo se revela como un deber esencial constituyendo el instrumento necesario e imperativo por el cual el inversor va a tener y conocer los elementos de juicio, necesarios y suficientes, para decidir la suscripción de tales acciones.

Estando a la redacción vigente cuando se emiten las nuevas acciones por Banco Popular objeto de oferta (Junio 2016), tanto del artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del RD 2010/2005 de 4 de noviembre de 2005 que desarrolla dicha Ley, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción, fijan el contenido del folleto informativo en armonía con la , sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la (Directiva del folleto). De este cuerpo legal, procede destacar por su pertinencia, como elemento primario y relevante objeto de esa "*información suficiente*" a dar al público, los riesgos del emisor, explicitados en los "*activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor*" (artículo 27-1); con ello, el fin no es otro que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente (artículo, 16 y 17 del RD 2010/2015) y la citada regla tal deber como información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación con la suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas (artículo 6 de la mentada Directiva) del emisor.

Además, el inversor tiene la garantía jurídica y confianza -dado que esos datos del folleto son confeccionados por el emisor- que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión oferta pública. En tal tesitura y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados y la propia fija en su artículo 28 la responsabilidad por la información del folleto informativo (artículo 28-2) a declarar que -a su entender- los datos son conformes a la realidad y no se omiten hechos que "*por su naturaleza pudiera alterar su alcance*", fijando el artículo 28-3 (desarrollado en él una responsabilidad específica por los daños y

perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus administradores, no siendo ésta la acción entablada en la demanda iniciadora al actual procedimiento, sino que es la de nulidad contractual por vicio estructural y no excluida ni eliminada, obviamente, en el texto normativo referenciado, pues al fin y al cabo, la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato y en especial consideración a los que validan la emisión del consentimiento como elemento esencial de su perfeccionamiento.

TERCERO.-Entrando al fondo del asunto, se aprecia la condición de consumidor persona física de la parte actora, lo que tiene la transcendencia de modular las exigencias probatorias del art.217 LEC precisamente a la facilidad de acceso a los medios de prueba.

El TS en múltiples sentencias como la de 18/05/1988 y sucesivas viene a recordar la necesidad de adaptar la doctrina legal de la carga de la prueba *"a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte"*

Como recuerda la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia 2/2019 de 9 Ene. 2019, Rec. 1207/2018 para un litigio planteado en idénticos términos que el presente *"no cabe duda, que la facilidad probatoria la tiene el propio Banco, porque los actores, en su condición de consumidores e inversores de sus ahorros, no tienen acceso a la abundante y compleja documentación bancaria, como la que nos ocupa, no teniendo otro medio, que recoger la información de la prensa económica, para poder acreditar que, cuando acudieron a la ampliación de capital del año 2016, el Banco Popular ya se encontraba en una situación financiera insostenible"*.

En el caso de autos, la prueba de la parte actora es esencialmente documental, incluyéndose como doc.17 un informe pericial presentado como documental elaborado por RHO Finanzas. Dicho informe pivota en la información comercial o actividad publicitaria que rodeó a la ampliación de capital.

La parte demandada, aporta además de prueba documental un informe pericial, expuesta en el plenario por el perito Juan Carlos Torres, que partiendo parte del análisis de las cuentas den banco y del registro contable viniendo a destacar la existencia de controles rigurosos por la CNMV, y concluye que el folleto disponible representaba una imagen fiel al tiempo de la ampliación.

Sin embargo por las razones que se van a exponer la conclusión alcanzada permite diferir completamente del postulado expuesto por el señalado perito y la parte demanda.

Guarda gran importancia para ganar la claridad expositiva,el análisis en secuencia cronológico, de los datos y hechos relevantes aportados como

prueba.

1. La situación previa.

(i) Nota de prensa de 30/15/2015 (doc.4 de la demanda).

Se comunica por la entidad ,múltiples valores positivos en la marcha y rendimiento de la misma, destacando una ganancia de 278 millones de euros, y el aumento de la contraración de crédito del 17,02 %. Se destaca la disminución de la ratio de mora por séptimo trimestre consecutivo, el fuerte ritmo de venta de inmuebles, y la disminución de los gastos de administración.

(ii) Hecho relevante 24/12/2015 (doc.5).

Se comunica al supervisor (CNMV), que la entidad cumple holgadamente con los requerimientos fijados por el supervisor, y que ha demostrado su capacidad de gestionar activamente su capacidad de gestionar activamente las demandas regulatorias, afirmando ser la primera entidad española en completar los requerimientos de capital de nivel I adicional.

(iii) Nota de prensa de 29/01/2016 (doc.6).

De nuevo se destaca el aumento del beneficio ordinario, en 6,1%, se destaca la realización de una provisión extraordinaria por el posible riesgo legal para las cláusulas suelos, situándose el beneficio en 105 millones de euros. De la lectura de la nota, no puede sino recibirse la información de una situación beneficiosa, boyante en la que el riesgo legal por el dictado de sentencias respecto de las cláusulas quedaría cubierto manteniéndose una situación de beneficio.

(iv) Nota de prensa de 29/04/2016. (doc.7)

Se destaca de nuevo una ganancia de un 2,6% más, concretamente de 96 millones de euros, destacando de nuevo la mejora en la cuota de mercado, la continuación de la venta de inmuebles a ritmo fuerte y destaca como logro haber alcanzado el mejor registro de la ratio de créditos sobre depósitos (107,3%)

(v) Comunicación a la CNMV de 26/05/2016 (doc.8)

Se comunica la decisión de ampliación del capital, siendo especialmente el punto 5. donde se indica de nuevo que con tal operación las previsibles pérdida contables que ocasionaría la necesidad de reforzamiento de las cubiertas, quedaría íntegramente cubierta. Se indica la intención de efectuar una reducción progresiva de activos improductivos, con intención de reanudar el pago de dividendos, con el objetivo del menos el 40% para 2018. A dicha comunicación se acompaña como anexo la presentación comercial a inversores

2. El folleto y la presentación comercial a inversores.

Se aporta como doc.2 de la demanda, la nota que acompaña a la emisión de las acciones y la citada presentación comunicada como anexo a la CNMV en

mayo de 2016.

En dicha nota se hace referencia a un escenario de incertidumbre, que pudiera dar lugar a un deterioro durante el ejercicio 2016, entendiéndose que podría llegar a originarse una pérdida contable de hasta 2.000 millones de euros, considerando la entidad que "que quedarían íntegramente cubiertos a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo".

En el punto B4, se hace referencia a un escenario económico optimista, señalando una senda de crecimiento para el año 2016 beneficiado por el regreso de la confianza de hogares e inversores, estimulada por la creación de empleo, la deflación, las mejores condiciones de crédito, la bajada del precio del petróleo, el repunte en Europa, la depreciación de euro y la implementación de reformas.

Al examinar la tabla de balances de los activos no puede sino apreciarse una situación óptima, que mejora en el primer trimestre de 2016 respecto de 2014 y 2015, siendo también una cifra muy estable tanto el total de pasivo como patrimonio neto, y el resto de magnitudes.

En el apartado C7, de nuevo se indica la situación de incertidumbre, y la intención del Banco de establecer una política de dividendos que alcanzara al menos el 40% para 2018, teniendo previsto reanudar la política de dividendos en el año 2017 cuando se publicara un informe de resultados trimestrales consolidados positivos.

Señala la pericial aportada por la actora que en la presentación comercial de la ampliación (05/2016), aportada a la Comisión del Mercado de Valores con fecha 26/05/2016 mediante la comunicación de hecho relevante, no se menciona la previsión de incertidumbre ya indicada en la nota resumen, y se señala en los folios 12 y ss. del informe una serie de sesgos que afectarían a la credibilidad de la información contenida en la presentación.

Se indica en la pericial que todos los datos estaban calculados sobre el negocio bancario (core) no incluyendo los datos del negocio inmobiliario (non core), lo que acudiendo a la nota resumen sería un elemento (Área inmobiliaria) que aportaría al resultado del grupo una aportación negativa del 841,0% al resultado del grupo (Apartado B-3 de la nota resumen).

Vista la indicada presentación, se aprecia que al igual que se apunta en el informe pericial, se destacan elementos, utilizando incluso gráficas destacadas, y juegos con el tamaño de letra, escogiendo como señala el perit unas magnitudes tales como el ROTE del 14,9% como resultado de negocio en el primer trimestre de 2016. Se indica en el informe que lo habitual es expresar la ratio ROE en su lugar, que expresa el retorno del capital, equivalente a la rentabilidad de los recursos propios.

Se valora en la indicada pericial que la tasa ROTE publicada por el banco en la memoria de 2015 era del 1,17% el ROTE y el ROE del 0,83%, en la presentación de la ampliación del 14,90% el ROTE, y en la memoria de

2016, el ROTE del -47,33% y el ROE del -24,96. Concluyen los autores del informe que es imposible que el negocio bancario en poco tiempo se deteriore tanto y que se incremente en seis meses del ROTE del 1,17% al 14,90%.

ROA. Se indica en la pericial que la cifra de rentabilidad sobre activo, se encontraría manipulada pasando de un resultado discreto del 0,07% en la memoria de 2015, de una previsión en la presentación de la ampliación del 0,92%, y finalmente un resultado en la memoria de 2016 del -2,25%. Concluye el informe que sólo se emplea en la presentación datos de la parte rentable del negocio, y no de todo el banco, y que no es posible un deterioro tan brutal en poco meses.

Ratio de Eficiencia. Se aporta el dato de pasar de precisar un 46,74% de costes estructurales para producir un ingreso cantidad ejemplo de 100 euros en la memoria 2015, a anunciar en la presentación de la ampliación una ratio del 38,90% para finalmente declararse una ratio del 66,79% en la memoria 2015. Entiende la pericial que es imposible entender que se haya producido una desviación de esta magnitud en pocos meses, por lo que concluye que es una manipulación contable.

Ratio Margen intereses/activos totales medio. La pericial concluye que comparando las magnitudes, 1,42% en la memoria 2015, 1,88% en la presentación comercial y 1,35% en la memoria 2016, se habría proyectado en el momento enjuiciado una imagen excesivamente optimista de la realidad que supone una información de importe mejora del resultado.

Ratio explotación/activos totales medios. En los tres momentos examinados, las cifras son de 1,06%, 1,67%, 0,51%, concluyendo la imposibilidad de un empeoramiento tan importante en pocos meses.

Ratio de morosidad. (12,86%, 6,50%, 14,61%). Destaca el informe que la cifra de la memoria 2016 duplica la anunciada en la presentación comercial de la ampliación de capital.

Comparación con otros bancos españoles (apartados 5.1.3), se emplean los valores ya señalados para colocarse la entidad como la que tiene mayores márgenes y mayor eficiencia, respecto de sus competidores. Concluye en definitiva el informe que en la presentación comercial se manipulan de forma grosera los datos y la cuentas, que la apariencia de grandes resultados previsibles para 2016 nada tenía que ver con la realidad, que podrían mediar falsedades contables y una mezcla de objetivos con realidades.

3. Los hechos posteriores.

(i). Hecho relevante de 26/05/2016 (continuación). Doc.9 de la demanda. Se comunica la inscripción en el Registro de la Nota sobre las Acciones y el Resumen, así como el Documento de Registro que conforman propiamente el folleto, y se comunica el calendario del aumento de capital.

(ii) Hecho relevante de 17/06/2016. doc.10 de la demanda Se comunica la cobertura del 135,75% del importe de ampliación, conformando la

ampliación 3.401,30 millones de euros. Este hecho acredita el éxito de la ampliación de capital con una masiva suscripción que excede de las previsiones iniciales.

(iii) Informe trimestral del segundo trimestre 2016 y presentación de resultados (doc.11 y 12 de la demanda)

Se ensalza en tal presentación el éxito de la ampliación, presentando un plan 2018 con las previsiones tan optimistas que se han señalado (Ratio de eficiencia, reducción de activos no productivos, previsión de pago de dividendos superior o igual al 40% etc.). No existe ninguna previsión o valoración negativa o cautelosa, destacando de nuevo la rentabilidad del banco, la implementación de un nuevo modelo de gestión y la intención de acelerar una reducción eficiente de activos no productivos.

(iv) Notas de prensa de 28/10/2016. (doc.13) y de 03/02/2017 (doc.14).

Se destaca de nuevo el gran resultado del negocio principal con un beneficio de 817 millones de euros, aportando sólo datos del mismo (y no del negocio inmobiliario del banco), destacando un Rote del 16% y una ratio de eficiencia del 40%. Se presentan de nuevo importantes cifras de solvencia, ratio de generación de beneficios, despegando todas las magnitudes estadísticas las cifras de eficiencia operativa (que pasaría del 46,74 al 66,79 en un año y los parámetros ya analizados en el informe aportado por la actora.

En la segunda de las notas se reconoce el registro de una pérdida contable de 3.485 millones de euros, que se afirma cubierta con la ampliación de capital y su exceso, de nuevo destacando el beneficio del negocio principal (998 millones de euros), pero no el lastre del negocio inmobiliario.

(v) Hecho relevante de 03/04/2017 (doc.15)

En ella se comunica que a la vista de un informe de auditoría considera que no se justifica una reformulación de cuentas pero se reconocen respecto de las cuentas de 2016 insuficiencias en algunas provisiones que afectarían al resultado, reconociendo un escaso impacto en los resultados pero sí que afectaría al patrimonio neto. Se reconoce un resultado de pérdidas antes de impuestos de 4.888 millones de euros.

(vi) Hecho relevante de 07/06/2017 (doc.16).

Reconoce el Banco Santander que como consecuencia del acuerdo ejecutado por el FROB de la Junta única de resolución, ha adquirido el 100% del capital social del Banco Popular por el precio de un euro, y se anuncia la intención de realizar una ampliación del banco de aproximadamente 7.000 millones de euros.

Como se indica en el informe pericial, la decisión de resolución del Banco Popular se ejecutó conforme al art.20 del Reglamento 806/2014, y se menciona el informe encargado a un tercero, Deloitte, señalándose que el valor económico del banco en negativo rondaría los 2.000 millones de euros en el escenario base y los 8.000 millones en escenario de tensión.

Se destaca en el informe pericial que antes de la resolución del banco el patrimonio neto contable era de 12.000 millones de euros, señalando los expertos que un comprador prudente no desembolsaría ni un solo euro por la entidad.

Frente a esta prueba documental fueron oídos los razonamientos del perito de la parte demandada, Sr. Torres. En primer término, debe entenderse que al comunicarse la presentación a inversores a la propia CNMV, dicho elemento así como la Nota y el Resumen conformarían la información precontractual que se facilita al inversor, sin que el hecho que sea una persona física o un inversor cualificado justifique diferencias en los resultados comunicados.

Esencialmente el perito viene a destacar los factores de riesgos (sentencias cláusulas suelo, menores plusvalías, menores resultados), la existencia de una masiva fuga de capitales), y que la valoración de Deloitte era bajo el escenario de venta apresurada y no el criterio de empresa en funcionamiento. Ocupó buena parte de la exposición del perito destacar la entrada en vigor de una nueva legislación para valorar activos (Circular 4/2016), de mayores gastos de personal por la reestructuración y señalar en diversas ocasiones que la venta apresurada se realizó para taponar la pérdida de depósitos, y en definitiva que se trataba no de una cuestión de insolvencia sino de falta de liquidez inmediata.

Valorada la prueba en conjunto no pueden sino compartirse las tesis de la parte actora, precisamente porque desde la perspectiva del inversor individual, se le facilita una imagen irreal de la entidad que se desmorona en cuestión de unos meses.

Dicho de otra manera, en las presentaciones, especialmente se destaca la buena marcha de un negocio, y se orilla la situación del negocio inmobiliario. En la presentación a inversores los números y las previsiones mejoran de una forma práctica estratosférica comparados con los resultados de 2015, lo que anima a aquellos a invertir y superar todas las previsiones. Resulta lógico entender que todo inversor guía su actuar en la intención de obtener un lucro, y existen unas promesas de dividendos, cuando al final va aflorando una pérdida contable que supera la oferta de la ampliación de capital (inicialmente 2.000 M de euros), alcanza a los resultados de la misma (3.485 M de euros), resultando que la deuda real conlleva no sólo a la resolución del banco, sino que hasta su adquirente ya efectúe una previsión de ampliación de capital para cubrir contingencias de 7.000 M de euros.

Se llama la atención que la salida de depósitos (véase las notas de prensa utilizadas como anexos de la pericial) ocurre meses después de aflorar pérdidas y rectificar depósitos, puesto que de la imagen triunfalista de la entidad proyectada en mayo de 2016, en cuestión de meses nada queda, teniendo que realizarse un saneamiento por el Banco adquirente especialmente en el negocio inmobiliario (notas 21-22 y ss. del anexo del informe), llegando a afirmarse una necesidad de saneamiento de 12.400 millones de euros, 7.200 Millones en los activos inmobiliarios, señalando una pérdida el artículo periodístico de 20.000

millones de euros.

Se destaca del informe de la parte actora al menos cinco valores y estadísticas que se engrosan en la presentación previa a la ampliación; y que luego no resultan ajustados a la realidad, afectando todos ellos a la rentabilidad del negocio, la eficiencia del mismo y los resultados esperados. Se comparte por este juzgador presentación de resultados parciales y sesgados, creó en el inversor una imagen de solvencia, cuando el negocio inmobiliario de la entidad estaba plagado de activos tóxicos, que llevaron a la resolución de la entidad, y al gasto de enormes cantidades por el Banco adquirente para su saneamiento y venta.

Por otra parte, el hecho de que la entrada en vigor de la nueva normativa contable sólo afectara a una entidad y de la forma que lo hizo, permite inferir que fueron los contenidos de los activos inmobiliarios los que causaron el resultado, y no el cambio de la norma.

El afloramiento paulatino de pérdidas, no puede imputarse al surgimiento ex novo de las mismas, sino a la transmisión de una imagen financiera no real, en tanto que inicialmente se reconocía sólo una pérdida de 35 millones de euros al tiempo de ampliación, que se fueron ampliando, hasta desencadenar la decisión de resolución del banco por la Comisión Rectora del FROB.

En este sentido, vistas las pérdidas que aparecían en la memoria de 2016, y la rectificación de todas las magnitudes incorrectamente valoradas y transmitidas en la información previa a la ampliación, las ganancias que aparecían en marzo de 2016 y las pérdidas de junio de 2016 no eran reales. En caso contrario, en ningún caso de un año a otro hubieran surgido pérdidas tales que justificaran medidas tan graves que no hacen sino constatar que la situación financiera del Banco Popular era crítica, sin que se estime que meros avatares económicos o de riesgo empresarial hubieran desembocado en la debacle de la entidad.

No se ha explicado en el presente procedimiento por el perito, por qué razón la Circular 4/2016 habría conducido a que el Banco Popular reflejara miles de millones de pérdidas, y lo mismo no hubiera sucedido con otras entidades, precisamente cuando la parte demandada en mayo de 2016 se presentaba como un verdadero referente de eficiencia y rentabilidad comparado con los otros bancos competidores.

Se señala que la exposición conforme a la actora de una serie de hechos de conocimiento notorio implica la falta de necesidad de acreditación, siendo la secuencia descrita enmarcada en uno de los casos más mediáticos de la vida social y económica, contrastando la imagen publicitada de solvencia, con la posterior información de deudas millonarias, la amortización de las acciones y la resolución del Banco Popular adquirido por un precio simbólico por Banco Santander.

CUARTO.-La conclusión valoratoria alcanzada en esta resolución coincide con una posición mayoritaria en resoluciones recientes de diferentes Audiencias Provinciales, destacando que en aquellas resoluciones se plantea la misma acción y esencialmente se valora prueba muy similar

cuanto no idéntica, por tratarse de una ampliación de capital impugnada de forma generalizada en la jurisdicción civil por los mismos motivos.

(i) Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, Sentencia 29/2019 de 18 Ene. 2019

“Las conclusiones del folleto no pueden ser más engañosas e inveraces sobre lo que se sostiene en el recurso sobre la delicada situación bancaria que presentaba la entidad pues se reseñan las siguientes, también destacadas en rojo y en un tamaño de letra importante para hacerlas más apreciables y atractivas (...)

Además, el 11 de mayo de 2017 comunica como hecho relevante a la CNMV no ser cierto, desmintiendo lo publicado por un medio digital, que se haya encargado la venta del banco y que no existe riesgo de quiebra. Con esta nota, que contiene otras comunicaciones, se sigue aparentando un estado de normalidad que no se compadece con la delicada situación conocida por todos, según sus afirmaciones, por la que atravesaba la entidad financiera.

Es cierto como se dice en el recurso que también se facilitó una nota sobre acciones. (...) Y de su redacción es fácil apreciar como las advertencias se realizan en letra diminuta en comparación con la publicidad del documento del registro emisor, y con una redacción abigarrada, farragosa y difícilmente comprensible para personas simples adquirentes de acciones. (...) No puede menos que concluirse que, ya al tiempo de la oferta de suscripción, la situación financiera y contable de la entidad bancaria apelante no podía corresponder a la que se reflejaba en el folleto, sin que el hecho de que pudieran estar auditados sin salvedades los estados financieros constituya obstáculo a tal conclusión, y racionalmente tal información fue determinante de la prestación del consentimiento, viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de la situación real financiera de Banco Popular, desconociendo la parte demandante los riesgos que corría con la suscripción de acciones, no por tratarse de un producto volátil y de riesgo, sino porque en este caso desde el principio el valor que aparentemente representaban al emitirse para la ampliación de capital no se correspondía con la realidad, como los hechos posteriores e incontrovertidos evidenciaron, y sin que, obvio es, los clientes tuvieran medio para conocer la situación financiera de la apelante, más allá de la información que al respecto la propia entidad les ofrecía.”

(ii) Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 67/2019 de 7 Feb. 2019.

“(...) si la causa de la descapitalización que provocó la intervención de la JUR hubiera sido, como causa única que la explique, una retirada masiva de fondos auspiciada por las noticias sobre la evolución del banco, no podemos entender que en el hecho relevante que se comunica a la CNMV el 11 de mayo de 2017 -días antes de la resolución, en el que también se indica que no existe riesgo de quiebra del banco- se indicara que era falso que existieran datos de la Asociación Española de la Banca que indicaran que había perdido, solo en el mes de enero, 6.000 millones de euros en depósitos.

8. Atenta a las máximas de la experiencia y a la propia naturaleza de

las cosas, por la dificultad de explicación que conlleva, que una entidad histórica que se presenta un año antes con apariencia clara de solvencia y con expectativa cierta de generación de beneficios, sufra un descenso vertiginoso e inmediato que lleve finalmente a su resolución sin más explicación que la falta de liquidez derivada de una retirada que se afirma masiva de fondos. Creemos que la retirada de fondos existió - más difícil es calificarla de masiva- ante las dudas publicadas con reiteración sobre la solvencia de la entidad en los medios de comunicación -y que eran ciertas-, pero no puede desde luego considerarse la causa que justifique la resolución. Del planteamiento de un panorama de solvencia y de la descripción de unas concretas incertidumbres derivadas de los riesgos descritos en el folleto se suceden de forma precipitada una serie de acontecimientos, esencialmente descritos, que provocaron de forma vertiginosa la insolvencia definitiva de la entidad en un breve espacio de tiempo. No presenta ni menos justifica el banco que el resultado conocido se debiera a motivos o causas exógenas que expliquen su infortunio, por lo que consideramos que los hechos descritos hacen presumir que la causa de la liquidación del banco fue fundamentalmente endógena por la falta de una solvencia ya preexistente derivada de una situación financiera realmente comprometida. La Sala, en definitiva, alcanza la presunción de que la falta de liquidez es la consecuencia, no propiamente la causa, que ha de encontrarse, como reflejan los hechos relatados, en el gran problema de solvencia que aquejaba al banco en el instante de la OPS y que el folleto y la publicidad comercial del banco omitieron."

(iii) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia 30/2019 de 17 Ene. 2019

"El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones. (...)

El folleto informativo hacía prever una mejora de la situación financiera y no la situación de insolvencia que se produjo en menos de un año. Por tanto, dicho folleto no respondía a la real situación económica y financiera de la entidad porque, como ya se ha dicho, al constatarse al poco tiempo la falta de solvencia de la entidad no puede negarse que la entidad ofreció una imagen falseada, presentándose como solvente pese a que conocía que ello no era así.

La parte demandada no ha probado que la información económica que se hacía constar en el folleto informativo reflejaba la situación económica real y que la misma no fue falseada, ni que los hechos ocurridos posteriormente no son el resultado de una previa situación de insolvencia ocultada a los actores mediante la apariencia de una óptima situación económica. Pese a que se alega que en dicho folleto se advertía de los riesgos derivados de la adquisición de acciones, no cabe obviar que si al cliente se le informaba de una posible pérdida también se decía que la misma sería absorbida con la ampliación de capital y se preveía repartir dividendos en 2017 y 2018. Por tanto, no cabía inferir

que la entidad se encontraba en una situación económica absolutamente deficiente que derivó en su intervención y posterior adquisición por Banco Santander, con la consecuencia de que las acciones adquiridas pasaron a ser valoradas en cero euros.”

(iv) Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, Sentencia 708/2018 de 12 Dic. 2018

“No cabe desconocer una serie de datos objetivos y circunstancias puestas de relieve, en el año 2.014 el banco tenía un patrimonio neto de más de 12.669 millones de euros; en 2.015 más de 12.514 millones, y en 2.016 11.087 millones. Sin embargo, en 2.017 resulta con unas pérdidas de más de 12.218 millones. Este progresivo y notable incremento de las pérdidas no se compadece únicamente con una falta de liquidez, por más que se aluda a la masiva retirada de fondos del mes de junio de 2.017.

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.

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.

No resulta lógico ni explicable que en tan escaso lapso de tiempo se pudiera producir la debacle bancaria, ello solo podía obedecer a un deterioro progresivo que venía arrastrando anualidades anteriores.”

(v) Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia 2/2019 de 9 Ene. 2019, Rec. 1207/2018

“(…) cuando acudieron a la ampliación de capital del año 2016, el Banco Popular ya se encontraba en una situación financiera insostenible, como lo acredita el hecho probado y admitido, de que el 7 de junio de 2.017, la Comisión Rectora del FROB acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta de Resolución de la misma fecha que acordó la resolución de la entidad el 7 de junio, por la que se adoptó el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular S.A., en base a la comunicación realizada por el Banco Central Europeo, respecto a la inviabilidad de la entidad, al considerar que la misma, no podía hacer frente al pago de sus deudas y demás pasivos a su vencimiento, y tampoco existían elementos objetivos que indicasen que podría hacerlo en un futuro cercano.

Entre otras medidas, acordó la reducción del capital social de la entidad Banco Popular a cero mediante la amortización de las acciones en circulación y la venta de la entidad a Banco Santander por un euro.

Ello supuso para los actores, la pérdida de la totalidad de las acciones

que adquirieron en fechas 20/06/2016 y 23/06/2016, por las que habían desembolsado un total de 30.672,27 euros, en la operación de ampliación de capital aprobada por el Consejo de Administración del Banco Popular en mayo de 2.016, mientras que el Banco de Santander adquirió el Banco Popular por la irrisoria cantidad de un euro.

Ciertamente, de haber sido informados los actores de la verdadera situación financiera del Banco Popular, que venía padeciendo muchos años antes de la ampliación de capital de 2016, en modo alguno hubieran acudido a dicha ampliación de capital."

(vi) Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, Sentencia 334/2018 de 3 Oct. 2018

"Ahora bien, por otro lado, dicha entidad aludía en su propaganda informativa a un hito hacia la normalización de la rentabilidad después de 2.016 y la generación de capital futura, permitiendo acelerar la reducción de activos improductivos, proporcionando una flexibilidad en un momento en que el ciclo económico empezaba a ser favorable, de manera que a partir de 2.017 "Seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas, mientras continuamos reforzando nuestros ratios de capital" (sic). De otro lado, la ficha del inversor unida a los autos no aparece cumplimentada.

No cabe desconocer una serie de datos objetivos y circunstancias puestas de relieve en la recurrida y que, a juicio de este Tribunal, resultan relevantes en orden a concluir si la información fue fidedigna, objetiva, clara y completa.

Así, cabe señalar que en el año 2.013 el resultado neto consolidado del ejercicio fue en miles de euros de 254.393; en el año 2.014, 329.901; en el año 2.015, 105.934; en el primer trimestre de 2.016, 93.611; en el mes de junio de 2.016 (segundo trimestre) el resultado era negativo, -35.399, que a 31 de diciembre ascendió a -3.485.361. El 30-6-2017 ascendía a -12.218.407, momento en que se toma la decisión de intervención.

Choca así que mientras en el primer trimestre de 2.016 las ganancias eran de más de 93.611, tan sólo a 30 de junio de 2.016 las pérdidas eran de 35.399, a 31 de diciembre de 2.016 de 3.485.361 y, finalmente, a 30 de junio de 2.017 de 12.218.407. Este progresivo y notable incremento de las pérdidas no se compadece únicamente con una falta de liquidez, por más que se aluda a la masiva retirada de fondos del mes de junio de 2.017."

QUINTO.-A los efectos de la acción entablada, nulidad por error en el consentimiento, no se exige, la premisa de sentarse una falsedad documental o conducta falsaria por la emisora o sus administradores, pues para la protección del inversor, en esta sede civil, a tenor de la normativa expuesta, basta con que los datos inveraces u omitidos en el folleto, determinantes de la imagen de solvencia y económico-financiera de la sociedad, hubiesen sido esenciales y relevantes para la perfección

contractual. En la aplicación de los elementos reguladores del error como vicio del consentimiento contractual, el Tribunal Supremo, en su exégesis ha establecido como muestra la sentencia de 21/11/2012 dictada en productos de inversión, "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta- sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996 de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea" Complementan dicha sentencia a la que también citan las sentencias del Alto Tribunal de 29/10/2013 y 20/1/2014 explicitando, " para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer además de sobre la persona, en determinados casos sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades a condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Como refiere la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 145/2015 de 13 Mayo 2015, Rec. 62/2015, "es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas y que es en consideración a ellos que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.» En cuanto a los requisitos para que estemos en el vicio estructural las mentadas sentencias lo resumen en "Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

Teniendo presente tal doctrina legal y jurisprudencial, aplicada al supuesto de hecho que enjuiciamos, concurren, todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio estructural del negocio de suscripción. No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones relevantes de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones:

1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con previsiones de relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales; Tales datos se reflejan en el folleto oportuno aportado con la demanda-.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad del error, en tanto es patente la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Por las consideraciones expuestas, la aplicación del artículo 1265 y 1266, procede la estimación total de la acción de nulidad planteada sobre las acciones adquiridas por la parte actora en la fecha señalada.

Partiendo por tanto de tales hechos notorios contundentes las pruebas aportadas por la demandada resultan insuficientes para demostrar una explicación alternativa a los hechos, correspondiendo a la demandada aportar una explicación alternativa , cosa que la parte demandada no logra.

Por las consideraciones expuestas, la aplicación del artículo 1265 y 1266, procede la estimación total de la acción de nulidad planteada sobre las acciones adquiridas por la parte actora en fecha de 30/05/2016 (finalmente un desembolso de 917,98 folleto y resumen ofrecido por la demandada (documento adjunto a la demanda) que reflejaba una imagen de solvencia económica de la entidad inveraz, que de haberse conocido habría determinado la falta de realización de la operación económica reseñada.

En el caso de autos ese error habría sido esencial e invencible, dado que la parte actora pensaba que estaba adquiriendo una parte alícuota de una sociedad solvente susceptible de producirle beneficios, cuando en realidad estaba adquiriendo una parte de una sociedad con unas pérdidas cuantiosas, hasta tal punto que un año después se acordó su resolución, y que indefectiblemente le iba a ocasionar una pérdida importante de su inversión.

Por tanto, en virtud de la prueba practicada, habría quedado acreditado por la parte actora la prueba del error determinante del vicio del consentimiento, y dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil.

Sin embargo, no habiendo generado nunca dichas acciones ni dividendos y habiéndose reducido el valor a cero, sin que implique actualmente título representativo hace inviable que deba el actor devolver importe o título alguno, como tampoco realizar ninguna prestación propia de la relación de liquidación. Será, en consecuencia, el banco quien deba restituir el importe entregado por la compra de las acciones.

SEXTO.- Respecto a los intereses serán de aplicación los artículos 1101 y 1108 del Cc que disponen que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, y si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio, en el interés legal.

SEPTIMO.- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Aplicando el criterio de vencimiento la parte demandada debe responder de las costas procesales causadas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo declarar como declaro:

1.-La Nulidad de los contratos de compra de derechos de 30 de mayo de 2016 y de compra de acciones del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. de 20 de junio de 2016.

Dicha Nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente anterior a la suscripción de dichos contratos, procediendo como consecuencia el reintegro a la parte actora de 917,98 euros, más el interés legal del dinero de la suma de 56,73 Euros desde la compra de los derechos el 30 de mayo de 2016 y de la suma de 861,25 Euros desde la suscripción de las acciones el 20 de junio de 2016.

2.-La condena a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a estar y pasar por

estas declaraciones, así como al abono de las cantidades señaladas.

Costas procesales. Se condena a la demandada al pagode las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes. Líbrese y únase testimonio de esta resolución a las actuaciones, debiendo insertarse su original en el Libro de Sentencias.

RÉGIMEN DE RECURSOS: No cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LEC) por no alcanzar la cuantía mínima legalmente prevista.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Pablo Ignacio Luján Martínez, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº4 de Massamagrell.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el juez que la dictó que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado al Servicio de la Administración de Justicia doy fe, en Massamagrell en la fecha designada en el encabezamiento.