

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia 30/2019 de 17 Ene. 2019, Rec. 693/2018

Ponente: Fernández de Frutos, Marta Elena.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 3125/2019

ECLI: *ES:APB:2019:519*

BANCA. Acciones y productos financieros. CONTRATOS (DISPOSICIONES GENERALES). Consentimiento. Vicios del consentimiento. Error. -- Eficacia e ineficacia. Nulidad relativa o anulabilidad.

A Favor: CONSUMIDOR.
En Contra: ENTIDAD FINANCIERA.

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178109860

Recurso de apelación 693/2018 -C

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 676/2017

Parte recurrente/Solicitante: BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A(BPE)

Procurador/a: Carlos Montero Reiter

Abogado/a: Guillermina Ester Rodriguez

Parte recurrida: Primitivo

Procurador/a: Rafael Ros Fernandez

Abogado/a: Felipe Izquierdo Tellez

SENTENCIA Nº 30/2019

Magistrados:

Jose Antonio Ballester Llopis

Mireia Borguño Ventura

Marta Elena Fernández de Frutos

Barcelona, 17 de enero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 13 de julio de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 676/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Carlos Montero Reiter, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (BPE) contra Sentencia - 24/05/2018 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Rafael Ros Fernandez, en nombre y representación de Primitivo .

SEGUNDO .- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ros Fernández en nombre y representación de Don Primitivo , DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de la adquisición de 22.438 acciones de Banco Popular Español SA en fecha 20 de junio de 2016 por el demandante y DEBO CONDENAR Y CONDENO A BANCO POPULAR ESPAÑOL SA a devolver a Don Primitivo el importe invertido de VEINTIOCHO MIL CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS (28.047,50 euros), con los intereses legales desde la fecha de la suscripción, con restitución a la demandada de las acciones recibidas, y con imposición a la demandada de las costas procesales causadas en este pleito."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos y se señaló fecha para la celebración de la votación y fallo, que ha tenido lugar el día 16 de enero de 2019.

CUARTO.- En el presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO , siendo Ponente el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a D./D^a Marta Elena Fernández de Frutos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 24 de mayo de 2018 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia n. 27 de Barcelona que estimó la demanda planteada por la representación de Primitivo , declaró la nulidad de la adquisición de 22.438 acciones de Banco Popular Español, y condenó a Banco Popular Español, SA a devolver al actor la cantidad de 28.047'50 euros más intereses legales desde la fecha de suscripción, con restitución a la demandada de las acciones recibidas.

La sentencia considera que resulta procedente la acción de nulidad por vicio del consentimiento; que la información del folleto no se ajustaba a la realidad; y que el hecho de que el actor hubiese suscrito previamente acciones no obsta al deber de información de la parte demandada.

La parte demandada interpone recurso de apelación en el que alega errónea valoración de la prueba porque el órgano judicial considera que la demandada no reflejó la imagen fiel de su patrimonio en la información publicada en la ampliación de capital de 2016, y que el reparto de dividendos estaba sujeto a una serie de riesgos y condiciones que tenían que materializarse en cada momento; porque se basa en resoluciones dictadas en el caso Bankia cuando se trata de situaciones diferentes; porque se omite la experiencia inversora previa del actor; porque concluye que la información proporcionada al actor no fue suficiente cuando consta acreditado que se entregó la debida documentación en la que se advertía del riesgo de la contratación; y porque aplica la normativa de protección de consumidores y usuarios.

La parte actora se opone al recurso de apelación alegando que la información del folleto no respondía a la imagen fiable de la entidad; y que ello motivó el vicio del consentimiento en que incurrió el

actor.

SEGUNDO.- La resolución del recurso de apelación requiere en primer lugar pronunciarse respecto a si la experiencia inversora que pudiese tener el actor tiene incidencia en el presente procedimiento y si en su caso el actor tenía experiencia inversora relevante para el conocimiento del producto contratado.

En segundo lugar deberá determinarse si la información facilitada al actor sobre el producto debe tener consecuencias en la resolución del procedimiento.

Finalmente, procederá decidir cuál es la normativa aplicable para la resolución del procedimiento y si el folleto informativo facilitado por la demandada reflejaba la imagen fiel de la entidad.

TERCERO.- En el presente supuesto al parte actora fundamenta su pretensión en la errónea información facilitada en el folleto informativo relativo a la ampliación de capital mediante la emisión de nuevas acciones por considerar que la imagen de la entidad ofrecida no se correspondía con la realidad, y que ello determinó su error en el consentimiento en el momento de proceder a la adquisición de acciones el 20 de junio de 2016.

Por tanto, la experiencia inversora del actor en la contratación previa de acciones de Banco Popular no resulta relevante a los efectos de decidir si concurrió error en el consentimiento, dado que no se ha probado que fuese un inversor experto con acceso a los datos económicos de las entidades bancarias, siendo por tanto lo determinante establecer si ciertamente en el folleto informativo se omitieron datos sobre la efectiva realidad contable de la entidad bancaria, Banco Popular, y si de ello cabe colegir la existencia de error en el consentimiento. Así, como declara el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de febrero de 2016 cuando se trata de pequeños inversores el error en su caso sufrido se considera excusable " *pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora.*"

Asimismo, la información facilitada sobre el producto concreto objeto de contratación, acciones de Banco Popular, tampoco resulta trascendente a los efectos de decidir si el actor pudo conocer la situación económica real de la entidad bancaria, puesto que no se discute ni que las acciones son un producto de naturaleza no compleja, ni que se trata de un producto de riesgo. Así, lo relevante es establecer si en el momento de producirse la contratación la imagen ofrecida por la entidad no se correspondía con su efectiva situación financiera, y por tanto existía un riesgo conocido de pérdida total del importe invertido del que no tuvo conocimiento el actor por no corresponderse con el riesgo al que se hacía referencia en el folleto informativo.

Por tanto, lo relevante es analizar la información ofrecida en el folleto informativo y determinar si en atención a los hechos realmente ocurridos, los datos obrantes en aquel folleto se correspondían con la efectiva situación real de la entidad bancaria, y en el supuesto de que así no fuese si de ello cabe concluir que se produjo error en el consentimiento del actor.

CUARTO.- Respecto a la normativa aplicable para la decisión de si el folleto informativo facilitado por la demandada reflejaba la imagen fiel de la entidad debe tenerse presente que el art. 34 de la ley del Mercado de Valores dispone que "1. El registro previo y la publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores será obligatorio para:

- a) La realización de una oferta pública de venta o suscripción de valores.
- b) La admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, reglamentariamente se establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos

establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas.

3. A las ofertas públicas de venta o suscripción de valores no exceptuadas de la obligación de publicar un folleto informativo se les aplicará toda la regulación relativa a la admisión a negociación de valores en mercados regulados contenida en este título, con las adaptaciones y excepciones que reglamentariamente se determinen. A estos efectos se tendrá en cuenta que a las ofertas públicas de venta o suscripción de valores podrá no aplicárseles el artículo 33.3".

Por su parte, el art. 37 de la referida ley prevé que "1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

Atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, 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.

Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

2. El folleto deberá ser suscrito por persona con poder para obligar al emisor de los valores.

3. Excepto para admisiones a negociación de valores no participativos cuyo valor nominal unitario sea igual o superior a 100.000 euros, el folleto contendrá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores.

4. Se entenderá por información fundamental a la que se refiere el apartado anterior, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando.

Sin perjuicio de lo que reglamentariamente se determine, formarán parte de la información fundamental, como mínimo, los elementos siguientes:

a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera.

b) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con la inversión en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores.

c) Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente.

d) Información sobre la admisión a cotización.

e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

5. Asimismo, en el resumen al que se refiere el apartado 3 se advertirá que:

1.º Debe leerse como introducción al folleto.

2.º Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.

3.º No se podrá exigir responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente sobre la base del resumen, a no ser que este resulte engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores.

6. Mediante orden ministerial se regulará el contenido de los distintos tipos de folletos y se especificarán las excepciones a la obligación de incluir determinada información, correspondiendo a

la Comisión Nacional del Mercado de Valores autorizar tal omisión. Previa habilitación expresa, la citada Comisión podrá desarrollar o actualizar el contenido de la orden.

También corresponderá al Ministro de Economía y Competitividad y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la determinación de los modelos para los distintos tipos de folletos, de los documentos que deberán acompañarse y de los supuestos en que la información contenida en el folleto pueda incorporarse por referencia."

Además la entidad emisora debe tener presente lo establecido en el título II del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, en que se regulan todas las cuestiones relativas al folleto informativo.

Por lo que se refiere a la errónea información del folleto informativo y la posibilidad de que la misma comporte la existencia de vicio de consentimiento, en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 relativa al folleto informativo de Bankia se dice que " *El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.* " Y "que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores.

4.- Que lo adquirido por los demandantes hayan sido acciones de una sociedad anónima no resulta obstáculo a la apreciación de la nulidad de la orden de suscripción de acciones por concurrencia de error vicio del consentimiento.

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica,

consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital.

Para ello, consideran que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores , actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 , y 36 del Real Decreto 1310/2005), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

*No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirmann contra ImmoFinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.*

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300y1303 del Código Civil) cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)."

El folleto debe informar así a los posibles inversores sobre la oportunidad de suscribir el producto emitido, conociendo los riesgos que dicha decisión pueda comportar, siendo dicha información absolutamente imprescindible cuando quien pretende invertir no ostenta la condición de inversor profesional, ni dispone de elementos que le permitan contrastar la veracidad de la información suministrada. De esta forma, si el folleto informativo, entre otras cuestiones, debe advertir de la situación económica de la entidad bancaria no cabe exigir al inversor que contraste la información facilitada con otros datos a los que no tiene acceso directo o que pueden requerir conocimientos específicos para verificar previamente a la contratación que los datos que obran en el folleto informativo se corresponden con la situación real de la entidad.

De conformidad con ello el conocimiento del actor sobre los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones sólo podía resultar de lo que se hiciese constar en el folleto informativo, complementado, en su caso, con la información ofrecida por el empleado de la entidad

bancaria con el que se formalizó la suscripción del producto.

En el supuesto que aquí se examina en el folleto informativo de ampliación de capital se dice que la finalidad de la misma era la de acelerar la normalización de la actividad después de 2016, tratando de reforzar fortalezas y la rentabilidad, y reducir el coste de riesgo esperado, acelerando la estrategia de reducción del negocio inmobiliario, concretamente se decía "tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital futura, lo que permitirá acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017".

El 26 de mayo de 2016 Banco Popular publicó como hecho relevante la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. Así, se decía que se había acordado aumentar el capital social por un importe de 1.002.220.576'50 euros, emitiéndose 2.004.441.153 acciones por valor cada una de 0'50 euros, y con un tipo de emisión de 1,25 euros. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constando que "con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista" y "aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que "tras el Aumento de Capital, Banco Popular dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializasen parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de coberturas durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Banco Popular tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. Banco Popular ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018".

Por tanto, la finalidad del aumento de capital iba dirigido a reforzar la rentabilidad y solvencia de la entidad, y si bien se hablaba de la materialización de determinadas incertidumbres con efectos contables se decía las posibles pérdidas contables quedarían cubiertas con el aumento de capital. Asimismo se preveía que si los resultados del primer trimestre de 2017 eran positivos se reanudaría el pago de dividendos, habiendo previsto que en 2018 la ratio de pago de dividendo sería de 40%.

De esta forma, la imagen que transmitía la entidad no era la de una posible quiebra de la misma, sino la de ampliar el capital con la finalidad de compensar las "inciertas" posibles pérdidas de 2016, y con una clara evolución positiva que respecto al ejercicio de 2018 se preveía en términos claramente favorables a los inversores que hubiesen participado en la compra de acciones.

En el documento de conclusiones relativas al aumento de capital se decía que como consecuencia de la misma "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestros ratios de capital".

Es cierto que en la nota sobre las acciones y resumen difundida por la CMNV el 26 de mayo de 2016

(folleto informativo) se dice que "El banco estima que durante lo que resta del año 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses, c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, d) inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales, y e) incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entablados contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria". Se indica también que ese escenario de incertidumbre "aconsejan aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo."

Por tanto, los riesgos previsibles anunciados por la entidad se traducían en una posibilidad de pérdidas contables de unos 2.000 millones de euros en 2016, que la propia entidad preveía cubrir, a efectos de solvencia, como ya se ha dicho con el aumento de capital; y asimismo aunque se hacía referencia a una posible suspensión del reparto de dividendos se preveía como puntual, avanzando la reanudación del reparto de dividendos en 2017.

El 3 de febrero de 2017 la CNMV hizo pública la nota de prensa de Banco Popular en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos.

Por su parte, la ratio de capital CET1 fully loaded proforma se ha visto afectada por algunos elementos volátiles y por las pérdidas del último trimestre. A finales del segundo trimestre esta ratio se situaba en el 13,71% y posteriormente ha sufrido variaciones por diferentes cuestiones, unas ordinarias y otras extraordinarias. Teniendo en cuenta todos estos factores, la ratio CET1 fully loaded proforma se sitúa en el 9,22% y la CET1 fully loaded se sitúa a finales de 2016 en el 8,17%.

El banco cuenta con capacidad de generación de capital mediante: La generación de beneficio: por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales.

La reducción adicional de activos ponderados por riesgo a medida que avanzamos en la reducción de activos no productivos. Por cada 1.000 millones € de NPAs, c. 20 p.b. de generación de capital.

La venta de autocartera y la reducción de minusvalías de renta fija, que nos permitirá generar 105 p.b. de capital.

Adicionalmente, otra de las alternativas del banco para generar capital de forma inorgánica sería la desinversión en negocios no estratégicos, que pueden generar unos 100 p.b. de capital."

El 3 de abril de 2017 la demandada comunicó como hecho relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la "1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía

vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros". En las conclusiones se decía que "del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."

El 5 de mayo de 2017 la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CETI phased in del banco es del 10'02% la ratio CETI fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

El 11 de mayo de 2017 se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos.

El 15 de mayo de 2017 se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 de Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, y que la inspección que realizaba el Banco Central Europeo era parte de su programa de supervisión ordinaria.

El 6 de junio de 2017 se celebró reunión del Consejo de Administración de Banco Popular en que se decía que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros, que las validaciones habían permitido disponer de cerca de 3.500 millones de euros pero que ello no impedía que el incumplimiento de la ratio LCR hubiese dejado de ser provisional pasando a ser significativo a efectos de valoración de la inviabilidad del Banco. El consejo aprobó considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Popular esa situación.

El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés

público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

De lo expuesto, resulta que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro.

La parte demandada no ha aportado una explicación razonable de la que resulte justificación plausible de que la evolución negativa de la entidad, pese a la ampliación de capital, fue debida a causas no presentes o previsibles cuando se emitió el folleto informativo. Así, si bien alude a una retirada de depósitos que afectó a la liquidez de la entidad, no se justifica que la misma se realizó porque los inversores decidieran sin razón alguna dejar confiar en la entidad, sino que debía tener justificación por la previsible deficiente situación económica de la entidad. 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. Así, la propia demandada en su contestación reconoce que el 30 de mayo de 2017 se difundió la noticia de que Bruselas se preparaba para intervenir el Banco Popular si no había comprador, y la retirada significativa de depósitos se produjo los días 1 y 2 de junio, por lo que es evidente que dicha retirada fue la consecuencia de la previsible intervención de la entidad atendida su situación económica y no la causa de dicha deficiente situación.

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.

De conformidad con lo expuesto debe confirmarse la resolución de instancia respecto a que el folleto informativo contenía información que no se adecuaba a la realidad económica de la entidad.

QUINTO.- Respecto al nexo causal entre la información facilitada, que no se correspondía con la situación real de la entidad, y el error del actor en la contratación de las acciones cabe recordar que para que proceda la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento se requiere que: 1) Exista error en el consentimiento; 2) que el error sea esencial; y 3) que el error sea excusable.

La jurisprudencia declara que existe error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, debiendo recaer el error sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Asimismo, el error debe ser esencial al proyectarse sobre la causa principal de la celebración del contrato y ha de ser excusable.

El error sustancial en relación con el consentimiento otorgado en la suscripción de las acciones de la demandada debe recaer sobre el objeto del contrato, y por ello la información es imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente su consentimiento, siendo lo que vicia el consentimiento por error no el incumplimiento *per se* del deber de información, sino las consecuencias que de la falta de información se derivan en la prestación del consentimiento.

El incumplimiento del deber de información por la entidad financiera incurre directamente en el requisito de excusabilidad del error, puesto que el conocimiento equivocado sobre la situación económica y financiera de la demandada le es excusable al cliente.

En el presente supuesto la información falseada ofrecida por la demandada en el folleto informativo comporta que no se haya acreditado que en el momento de la contratación el cliente tenía un conocimiento suficiente de la situación económica y financiera de la entidad y de las repercusiones que ello tenía en las acciones a adquirir. Dicho error recae sobre los riesgos concretos de la situación económica y financiera y el desconocimiento de dichos riesgos afecta a la causa principal de la contratación. Así, el desconocimiento de tales riesgos concretos evidencia que la representación mental que el actor se hacía de lo que contrataba era equivocada, puesto que con una finalidad de adquirir acciones en una entidad solvente las adquirió en una entidad con riesgo cierto de insolvencia.

Por tanto, concurre error en el consentimiento derivado de la información falseada ofrecida por la demandada; dicho error es esencial al recaer sobre las condiciones en que las acciones salían al mercado y las consecuencias económicas; y es un error excusable por cuanto no puede ser imputado a la actora por falta de diligencia, sino a la información equivocada ofrecida por la entidad bancaria.

En consecuencia cabe concluir que el contrato de adquisición de acciones es nulo por vicio de consentimiento, al invalidar el error padecido por el actor dicho consentimiento, y por ello procede desestimar el recurso de apelación en este extremo y confirmar la sentencia de instancia respecto a la existencia de vicio de consentimiento que determina la nulidad del contrato suscrito por el actor.

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación debe comportar la imposición de costas a la parte recurrente en virtud del art. 398.1 LEC .

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso planteado por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, contra la sentencia de 24 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n. 27 de Barcelona, Y CONFIRMAR dicha resolución con imposición de costas a la recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la

L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Ponente: Bote Saavedra, Juan Francisco.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 3344/2019

ECLI: *ES:APCC:2019:11*

BANCA. Acciones y productos financieros. CONTRATOS (DISPOSICIONES GENERALES). Consentimiento. Vicios del consentimiento. Error. -- Eficacia e ineficacia. Nulidad absoluta. PROCESO CIVIL. Partes procesales. Legitimación. PRUEBA. Prueba documental.

A Favor: CONSUMIDOR.
En Contra: ENTIDAD FINANCIERA.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00002/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CACERES. SECCION PRIMERA.

Modelo: N10250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 927620309 **Fax:** 927620315

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MTG

N.I.G. 10195 41 1 2018 0000268

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001207 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TRUJILLO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000132 /2018

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador: JESUS FERNANDEZ DE LAS HERAS

Abogado: JAIME DE SAN ROMAN MENENDEZ

Recurrido: Emma , Juan María

Procurador: JUAN CARLOS AVIS ROL, JUAN CARLOS AVIS ROL

Abogado: BASILIO HERMOSO CEBALLOS, BASILIO HERMOSO CEBALLOS

SENTENCIA NÚM.- 2/2019**Ilmos. Sres. =****PRESIDENTE: =****DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =****MAGISTRADOS: =****DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =****DOÑA MARÍA LUZ CHARCO GÓMEZ =****=****Rollo de Apelación núm.- 1207/2018 =****Autos núm.- 132/2018 =****Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 de Trujillo =****===== /**

En la Ciudad de Cáceres a nueve de Enero de dos mil diecinueve.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 132/2018, del Juzgado de 1ª Instancia núm.-1 de Trujillo, siendo parte apelante, el demandado **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** , representado en la instancia y en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. **Fernández de las Heras** , y defendido por el Letrado Sr. **De San Román Menéndez** , y como parte apelada, los demandantes, **DOÑA Emma y DON Juan María** , representados en la instancia y en la presente alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. **Avís Rol** , y defendido por el Letrado Sr. **Hermoso Ceballos**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 de Trujillo, en los Autos núm.- 132/2018, con fecha 31 de Julio de 2018, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Avis Rol, en nombre y representación de DON Juan María y DOÑA Emma , frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A representado por el procurador don Jesús Fernández De Las Heras, declaro la nulidad de la compra de acciones de Banco Popular realizada por los actores en fechas 20/06/2016 y 23/06/2016, 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 (30.672,27 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. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC . Con imposición de las costas a la parte demandada..."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación de la parte demandada, se interpuso en tiempo en forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y de, conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO.- La representación procesal de la parte demandante presentó escrito de oposición al

recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los Autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

CUARTO.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **8 de Enero de 2019**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

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

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA** .

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió acción de nulidad del contrato de compra de acciones de Banco Popular SA., adquiridas en fechas 20/06/2016 y 23/06/2016 por un total de 30.672,27 euros, extinguiendo toda relación jurídica con la demandada por el citado concepto, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior, por lo que el Banco Popular deberá devolver el importe de la inversión, incrementado con los intereses devengados desde la fecha de la inversión hasta su efectiva restitución, calculados al tipo de interés legal del dinero, así como al reintegro de cualquier interés, gasto o comisión imputados y cargados a la demandante. Por su parte, los actores deberán restituir las acciones, así como los posibles dividendos de las acciones, incrementadas estas cantidades con sus intereses legales desde la fecha de su percepción, todo ello con expresa condena en costas, y subsidiariamente, acción de resarcimiento ex artículo 1101 del Código Civil .

Dicha pretensión principal, fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la representación de la entidad bancaria demandada, (Banco Popular), se alza el recurso de apelación, alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

1º) La admisión por la juzgadora de instancia en el acto de la Audiencia Previa de documentos en los que la parte actora se ampara para acreditar su legitimación activa y derecho a la tutela judicial efectiva, supone una clara vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso.

Las deficiencias probatorias desplegadas por los demandantes, no podían bajo ningún concepto subsanarse mediante una aportación extemporánea de documentos que, no sería encuadrable ni por hipótesis, en uno de los supuestos en los que el artículo 265.3 permite aportar nueva documentación en respuesta a alegaciones contenidas en la contestación.

La Sentencia recurrida considera acreditada la legitimación activa y pasiva de las partes del presente procedimiento con el "justificante bancario de la compra por don Juan María de 15.132 acciones en la ampliación de capital de Banco Popular de mayo de 2016" y con "el de doña Emma de 4.576 acciones en la ampliación de capital de Banco Popular, S.A., de 16 de mayo de 2016", aportados por la parte actora en el acto de la audiencia previa.

Recurrida en reposición la admisión de dicha prueba y efectuada respetuosa protesta a la desestimación del recurso, se hace necesario entablar un motivo de apelación por infracción de los artículos 217 , 265 y 400 y ss LEC .

Y es que, corresponde al actor en virtud del artículo 217 de la LEC , la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda, no pudiendo aportar con

posterioridad a la presentación de su demanda, nuevos documentos acreditativos de las mismas, que a tenor del artículo 265 del mismo texto legal , debería haberse acompañado con su escrito de demanda.

El artículo 265 de la LEC una norma de carácter imperativo que establece el momento procesal de presentación de los documentos, la admisión de los mismos en circunstancias no contempladas en dicho precepto vulneraría el principio de igualdad y de contradicción que asiste a las partes de todo procedimiento. Así queda regulada la aportación de documentos en un momento posterior a la presentación de la demanda (art. 265 LEC).

La aportación posterior de cualquier medio de prueba que tuviera que haberse aportado con la demanda es extemporánea y chocaría frontalmente con las reglas de la preclusión recogidas en los arts. 400 , 401 y 402 de la LEC .

La juzgadora de instancia desvirtúa la posibilidad de aportación documental en un momento procesal posterior a la inicial, por considerar que fue aportada "como consecuencia de las alegaciones de la demandada", cuando lo cierto es que, esa aportación, se debe a una débil actividad probatoria desplegada por la parte actora, cuyas consecuencias desfavorables no debe soportar en ningún caso la recurrente.

La aportación extemporánea de documentos ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en multitud de resoluciones, por ejemplo, la Sentencia Núm. 15/2013 de 31 de enero de 2013 . Por cuanto acabamos de exponer, parece evidente que la admisión de los documentos aportados en el acto de la Audiencia Previa no encaja en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 265.2 de la LEC , sino que supone un intento de subsanar la escasa actividad probatoria desplegada de adverso, que sólo podría traer aparejada la desestimación de sus pretensiones.

2º) La sentencia recurrida incurre en vicio de incongruencia, al sustentar el fallo en un hecho controvertido nunca alegado por la parte actora, y con ello, se vulneran los Arts. 216 y 2018 LEC , y 24 C.E .

La Sentencia Recurrída introduce en el debate jurídico cuestiones que no fueron alegadas por la parte actora en su escrito de demanda - momento procesal oportuno para alegar los hechos y fundamentos en los que basa sus pretensiones - vulnerando así el principio de justicia rogada contemplado en el art. 216 de la LEC y desencadenando una manifiesta incongruencia penalizada por el art. 218 de la LEC .

El defecto de incongruencia del que adolece la resolución queda patente en afirmaciones como que, "Alega la parte actora que se estaba reflejando una imagen irreal de beneficios y no una situación de pérdidas reales, que ocultaba mediante el uso de artificios contables con el fin de no reflejar la verdadera situación de pérdidas. De tal forma que, si Banco Popular hubiera reflejado en sus cuentas la realidad respecto de sus activos morosos e inmobiliarios y hubiera hechos las coberturas y valoraciones correctas, los resultados del periodo 2009 a 2016 hubieran sido muy distintos, con sustanciales pérdidas y, de haber conocido los actores esta situación real de la entidad, no habrían adquirido las acciones"

Lo cierto es, que la parte actora, nada alega en su demanda acerca de inexactitudes en los estados financieros de Banco Popular de los ejercicios previos de 2016, ni tampoco introduce en el proceso prueba alguna tendente a acreditar este extremo. Carencias, que la Sentencia Recurrída omite, considerando prueba acreditativa el documento número 10 del escrito de demanda - publicación por Banco Popular del Hecho Relevante de 3 de abril de 2017 - y en concreto, la mención incorporada en el mismo "el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de ejercicios anteriores a 2015".

El deber de congruencia es la exigencia derivada de la necesaria conformidad, que ha de existir entre

la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, sin que la relación entre el fallo y las pretensiones procesales pueda estar sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica.

La juzgadora de instancia no tiene la facultad de sustituir las cuestiones objeto de debate por otras en virtud del principio "iura novit curia", que, únicamente autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, sin que para resolver la cuestión sometida a debate les permita sustituir las cuestiones debatidas por otras diferentes.

A mayor abundamiento, la juzgadora de instancia valora la situación de Banco Popular desde el año 2009 y acude para ello al Hecho Relevante de 3 de abril de 2017, que únicamente indica la necesidad de realizar determinados ajustes en las cuentas de la entidad a 31 de diciembre de 2016, sin que exista una correlación entre el hilo argumentativo de la resolución y la prueba obrante en autos.

En todo caso, y como decimos, lo trascendente es que la actora nunca ha alegado ni reprochado supuestos defectos u omisiones en los estados financieros relativos al periodo previo a 2016. Al sustentar su fallo en una interpretación desfavorable a la actora de este supuesto reproche nunca efectuado, la Sentencia Recurrída vulnera el principio de justicia rogada del artículo 216 de la LEC, incurre en incongruencia manifiesta, y lesiona de manera flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva.

No es cierto, que se considere probado que han existido inexactitudes en el folleto de emisión 23. En conexión con lo expuesto, la Sentencia Recurrída parece acudir a una cuestionable inversión de la carga de la prueba, para trasladar a mi representada la carga procesal de acreditar que el folleto no contenía inexactitudes (alegadas o no), y que, por lo tanto, había cumplido con sus deberes como emisor.

Es la actora quien tiene la carga de identificar (alegándolas) las inexactitudes que pueda apreciar en el folleto y ofrecer un principio de prueba sobre las circunstancias que le llevan a manifestar que dichas supuestas inexactitudes existen. A partir de ahí, corresponderá a la parte demandada defender la corrección del folleto en aquellos concretos aspectos que hayan podido cuestionarse y sólo en ellos-.

A pesar de lo expuesto, y en atención a unos hechos no alegados, que, en todo caso, carecen de prueba, y sin que la parte actora acredite incorrecciones o falsedades en el folleto informativo, la Sentencia Recurrída viene a considerar acreditado, "que las cuentas publicadas por Banco Popular en los ejercicios previos a la ampliación de capital no reflejaban adecuadamente la situación financiera real de la entidad bancaria", vulnerando así los artículos 216, 217, y 218 LEC y 24 CE.

3º) Incorrecta valoración de la prueba respecto al hecho relevante de 3 de abril de 2017 y su significado.

Aun dando por bueno a efectos meramente dialécticos, que entre los argumentos de la parte actora, pudiera haberse incluido la alegación relativa a presuntas incorrecciones en los estados financieros del Banco Popular, correspondientes a los ejercicios previos a 2016, 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" (Carta de los Administradores de la sociedad anexa al Hecho Relevante de 3 de abril de 2017).

La juzgadora de instancia considera la publicación del Hecho Relevante de 3 de abril de 2017, como una evidencia de una hipotética falta de identidad entre la imagen de la situación financiera de Banco Popular, tal y como aparecía descrita en el folleto y la restante documentación puesta a disposición de

los inversores como objeto de la ampliación de capital de junio de 2016, y la situación real de la entidad en ese momento.

El 3 de abril de 2017, BANCO POPULAR comunicó a la CNMV un Hecho Relevante, manifestando que los Administradores de la Entidad habían sido informados de los resultados de un procedimiento de revisión realizado por su Departamento de Auditoría Interna sobre determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital, a la vista de los cuales, resultaba pertinente introducir una serie de ajustes en determinadas partidas de los estados financieros del Banco, incluidos en las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2016.

A la luz del informe emitido al respecto por la Comisión de Auditoría y de conformidad con la opinión del auditor, los Administradores adoptaron la decisión de reexpresar las cuentas anuales del ejercicio 2016, en los estados financieros intermedios resumidos consolidados correspondientes al primer trimestre de 2017 y lo hicieron tomando en consideración lo dispuesto en la Norma Decimonovena de la Circular 4/20041, reguladora del régimen contable de las entidades de crédito, en la que se define el concepto de error contable y se prescribe el tratamiento que las entidades financieras españolas deben otorgar en sus cuentas anuales a los errores detectados en los estados financieros de ejercicios anteriores, en consonancia con lo dispuesto por la Norma de Registro y Valoración Vigésimosegunda - Cambios en criterios contables, errores y estimaciones, del Plan General de Contabilidad (la NRV 22ª) que, a su vez, es coherente con el contenido de la Norma Internacional de Contabilidad número 8 - Políticas contables, cambios en las estimaciones contables y errores, (la NIC 8)-.

En consecuencia y, de conformidad con la normativa reguladora de la elaboración y publicación de la información contable por parte de las sociedades mercantiles que operan en España, si los Administradores tienen conocimiento de la existencia de errores con importancia relativa o materialidad significativa en las cuentas anuales de ejercicios anteriores: 1. Estarán obligados a reexpresar los estados financieros de ese ejercicio en las cuentas correspondientes al siguiente periodo, si las cuentas anuales del ejercicio afectado por el error ya hubieran sido aprobadas por la Junta General de Accionistas. 2. Estarán obligados a reformular las cuentas anuales del ejercicio afectado por el error -si fuera muy significativo-, si estas hubiesen sido ya formuladas, pero aún no se hubiese producido su aprobación por la Junta General de Accionistas.

Ciertamente, si los errores no tuviesen suficiente importancia relativa y, por tanto, su impacto en las cuentas anuales de la entidad no impidiese a estas mostrar la imagen fiel de su situación patrimonial y financiera y de sus resultados, sus Administradores no estarán obligados a llevar a cabo la reexpresión o la reformulación de las cuentas anuales de los ejercicios afectados por el error. No obstante, estos podrán voluntariamente llevar a cabo la reexpresión de las partidas que estuviesen afectadas, aun cuando su importancia relativa no fuese significativa, si con ello consideran que contribuyen a mejorar la calidad de la información proporcionada por las cuentas anuales, al incluir los estados financieros presentados con fines comparativos.

Y esto es exactamente lo que hicieron los Administradores del Banco Popular: reexpresar voluntariamente las cuentas anuales del ejercicio 2016, aunque, como a continuación explicaremos, los errores detectados no tenían impacto material o significativo. La Tabla 1, elaborada a partir de la información contenida en los estados financieros intermedios resumidos consolidados de la Entidad correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2017, sintetiza los ajustes introducidos en el balance de situación correspondiente al 31 de diciembre de 2016, con motivo de la reexpresión de las cuentas anuales.

En el activo se produjeron cinco modificaciones que, ordenadas según su magnitud, se concretan en: Una disminución de 304.434 miles de euros en el valor de la cartera crediticia, de 99.104.146 miles de euros a 98.799.712 miles de euros. Un aumento de 103.074 miles de euros en los activos por

impuestos diferidos, cuyo saldo pasó de 5.082.845 miles de euros a 5.185.919 miles de euros. Una reducción de 35.959 miles de euros en el valor de los activos no corrientes y grupos enajenables de elementos clasificados como mantenidos para la venta, cuyo saldo pasó de 8.891.678 miles de euros a 8.855.719 miles de euros. Una disminución de 2.338 miles de euros en el valor neto contable del inmovilizado material (activos tangibles), que se redujo de 2.195.131 miles de euros a 2.192.793 miles de euros; y, una disminución de 271 miles de euros en el saldo de otros. En conjunto, el valor total del activo se redujo en 239.928 miles de euros, lo que representa un 0,16% con respecto a los 147.925.728 miles de euros reflejados en las cuentas anuales del ejercicio 2016 que habían sido formuladas en febrero de 2017.

En el pasivo del balance se produjo únicamente un ajuste, consistente en un aumento del saldo de provisiones en 580 millones de euros, pasando de 534.306 miles de euros a 534.886 miles de euros. Por tanto, el valor total del pasivo de BANCO POPULAR aumentó desde 136.838.115 miles de euros hasta 136.838.695 miles de euros, lo que representó una variación del 0,0004%.

Por último, en el patrimonio neto se produjeron dos ajustes, cuyo efecto agregado provocó una disminución total de 240.508 miles de euros, de 11.087.613 miles de euros a 10.847.105 miles de euros (una reducción del 2,17%).

Como consecuencia de todo ello, el resultado antes de impuestos se redujo en 179.928 miles de euros, pasando de -4.888.482 miles de euros a -5.068.410 miles de euros. El gasto en concepto de impuesto sobre beneficios se incrementó en 53.978 miles de euros, pasando de 1.403.121 miles de euros a 1.457.099 miles de euros. Y, finalmente, el resultado consolidado del ejercicio y el resultado atribuido a la sociedad dominante se redujeron en 125.950 miles de euros, pasando el segundo de -3.485.366 miles de euros a - 3.611.316 miles de euros.

En otras palabras, el impacto acumulado de los ajustes sobre el resultado contable consolidado de BANCO POPULAR fue de 179.928 miles de euros antes de impuestos y de 125.950 miles de euros después de impuestos, provocando una disminución del 3,61% en el resultado atribuido a la sociedad dominante (después de impuestos).

Pues bien, en la Comunicación de Hecho Relevante remitida por el Banco a la CNMV con fecha 3 de abril de 2017, los Administradores manifestaron que, la magnitud de los ajustes no representaba ningún impacto significativo en las cuentas anuales consolidadas y no justificaban su reformulación. Esta posición es perfectamente coherente con el informe emitido por PRICEWATERHOUSECOOPERS.

Concluye, que la decisión de los Administradores de reexpresar las cuentas anuales del ejercicio 2016 en los estados financieros intermedios resumidos consolidados correspondientes al 31 de marzo de 2017, estuvo fundamentada en el hecho de que los ajustes no tenían una importancia relativa significativa, tal como expresó el auditor de la Entidad en el informe emitido al respecto, por no superar el nivel de materialidad fijado en la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2016 en relación con la cifra de activo total (147.926 millones de euros), patrimonio neto (11.088 millones de euros) o resultado antes de impuestos (-4.888 millones de euros).

Como consecuencia de lo anterior, dados los niveles de materialidad y que no se daban las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 38 c) del Código de Comercio, (no afectaban de forma muy significativa a la imagen fiel de las cuentas anuales ya formuladas), los Administradores de Banco Popular no tenían ninguna obligación de reformular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, pues no se daría la condición indispensable para que existiese tal obligación, cual es que, los errores detectados tuviesen una importancia relativa significativa.

Además, dado que las cuentas anuales del ejercicio 2016 aún no habían sido sometidas a su aprobación por la Junta General de Accionistas del Banco, los Administradores, tampoco habrían estado obligados, en ningún caso, a reexpresarlas en las cuentas correspondientes al primer trimestre de 2017, puesto que de haber identificado en ellas errores con una importancia relativa muy

significativa, deberían haber procedido a su reformulación, cuestión que desestimó expresamente el auditor. Así pues, si los Administradores decidieron reexpresar determinadas partidas del Balance y de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio 2016 en los estados financieros intermedios, resumidos y consolidados, correspondientes al trimestre cerrado el 31 de marzo de 2017, sólo puede concluirse que se trató de una decisión libérrima, es decir, de carácter totalmente voluntario.

En cualquier caso, las cuentas que se reexpusieron fueron los estados financieros a 31 de diciembre de 2016, mientras que las que se incluyeron en el folleto fueron los estados financieros intermedios. Es obvio que no era posible reflejar en junio de 2016 hechos futuribles que acaecieron en los meses posteriores, y mucho menos prever con certeza el impacto de esos hechos que aún no se habían producido.

Nada de lo expuesto puede servir, sin embargo, como fundamento para defender con éxito que la información contenida en el folleto adoleciese de inexactitudes significativas o no reflejase adecuadamente la situación de la entidad en el momento de su publicación.

4º) Incorrecta valoración de la prueba, respecto al contenido del folleto de emisión, no incorporaba inexactitudes, ni proyectaba una imagen del Banco distanciada de la realidad financiera en el momento de la publicación del folleto.

El fallo estimatorio contenido en la Sentencia Recurrída, es consecuencia de la conclusión alcanzada por la juzgadora, a propósito de la supuesta incorrección de la información contenida en el folleto de emisión puesto a disposición del mercado, con ocasión de la ampliación de capital. Como puede apreciarse, la Sentencia Recurrída, estima que 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 de BANCO POPULAR. Partiendo de esta conclusión, sobre la presencia de deficiencias en el folleto, la Sentencia Recurrída, concluye que el Banco no cumplió con los deberes de información que le venían impuestos y, al hacerlo, generó un error en el consentimiento prestado por los Demandantes al suscribir las acciones en las que invirtieron.

Sin embargo, la valoración de prueba contenida en la Sentencia Recurrída es equivocada en un triple sentido: 1) No es cierto, que el descenso del valor de cotización de las acciones del Banco durante los meses posteriores a la ampliación de capital se debiese a factores omitidos en el folleto. Ante, al contrario, dicho descenso se debió a la materialización de factores de riesgo expresamente identificados en el folleto y a las dificultades propias del negocio de mi representada también descritas en el folleto y de cuya evolución se fue informando puntualmente al mercado (sin que los Demandantes optasen en ningún momento por deshacer su inversión, dicho sea de paso) durante los meses siguientes a junio de 2016. En segundo lugar, tampoco es cierto que la decisión de resolución de Banco Popular adoptada por la JUR el 7 de junio de 2017 constituyese el epílogo de un proceso gradual de deterioro de la entidad conocido o susceptible de ser previsto en el momento de la publicación del folleto un año antes. Ante, al contrario, lo que precipitó la resolución del banco fue la retirada masiva de depósitos acontecida durante los días inmediatamente anteriores a la aplicación del mecanismo de resolución por la JUR y el FROB. Difícilmente podía esa retirada de depósitos tenerse en cuenta como una circunstancia probable en el momento de elaboración del folleto.

Las circunstancias que pudieron dar lugar a una caída de la acción de Banco Popular, durante los meses posteriores a la ampliación de capital, aparecían aludidas en el folleto de emisión, como factores de riesgo.

Como sabemos, el folleto se compone de dos documentos: el documento de registro del emisor, por un lado, y la nota sobre las acciones y el resumen, por otro.

Como expusimos, en el Hecho Segundo de nuestra contestación, la Nota sobre las Acciones, recoge en su Sección II, la enumeración y descripción de los "factores de riesgo de los valores" y advierte que "Antes de adoptar la decisión de invertir en los derechos de suscripción preferente o en las

acciones objeto del aumento de capital con derechos de suscripción preferente de Banco Popular, deben tenerse en cuenta, entre otros, los riesgos que se enumeran a continuación, así como aquellos que se describen en el documento de registro de Banco Popular inscrito en el registro oficial de la CNMV, con fecha 10 de mayo de 2016.

En efecto, tanto el documento de registro del emisor, como la nota de valores y el resumen advirtieron de los riesgos de diferente naturaleza asociados específicamente al emisor, a su sector de actividad y a las acciones.

La información sobre los riesgos asociados a la inversión en acciones del Banco, que se expuso en el folleto informativo, fue adecuada y completa. De hecho, los resultados negativos durante los sucesivos trimestres obedecieron precisamente a la materialización de diversos riesgos advertidos en el folleto (principalmente, la elevada exposición al mercado inmobiliario y a operaciones de crédito en situación de incumplimiento por los clientes, que provocaron elevadas provisiones, como prevenía el folleto).

A la vista de lo expuesto, parece indiscutible, que el folleto trasladará al mundo información veraz y exhaustiva, sobre los riesgos asociados a una inversión en acciones de mi representada.

A mayor abundamiento, no podemos olvidar en este punto que, una vez elaborado el folleto, con la intervención especializada de firmas de reconocido prestigio, y de forma previa al lanzamiento de la ampliación, el Banco lo sometió naturalmente a la aprobación de la autoridad competente (la CNMV). La supervisión del organismo encargado de velar por la transparencia en los mercados de valores fiscalizó la idoneidad y adecuación de la información contenida en el folleto.

Tras el proceso correspondiente de supervisión y verificación, la CNMV aprobó el folleto. Una vez aprobado, se registró "en el correspondiente registro administrativo y [fue] puesto a disposición del público".

La dotación de provisiones llevada a cabo por Banco Popular en los ejercicios previos a 2016, fue adecuada y coherente con la normativa en vigor en el momento en el que las referidas provisiones se dotaron.

Estima la juzgadora de instancia en la Sentencia Recurrída que "(...) el propio Banco Popular, en el Hecho Relevante publicado el 3 de abril de 2017 reconoce que existió un déficit en la dotación de provisiones anteriores al año 2015". En concreto, expone que durante los ejercicios anteriores al año 2016, no se provisionaron de manera adecuada los riesgos derivados de créditos morosos y de la actualización del valor de los activos inmobiliarios.

Lo cierto es que, las provisiones que tenía reconocidas Banco Popular durante el periodo 2010-2016 y en el primer trimestre de 2017, eran suficientes para hacer frente a los posibles deterioros de su cartera crediticia.

En efecto, la información financiera disponible en las páginas de Internet de Banco Popular, revela que, si se consideran las garantías eficaces asociadas a los créditos concedidos por la entidad a sus clientes, los porcentajes de cobertura de insolvencias en el periodo 2010-2016, oscilaron entre un mínimo del 95,65% y un máximo del 115,16%.

En concreto, en 2010 la cobertura total ascendió al 95,65%, en 2011 al 97,72%, en 2012 al 115,16%, en 2013 al 99,21%, en 2014 al 99,62%, en 2015 al 103,17% y en 2016 al 104,36%. Y al cierre del primer trimestre del ejercicio 2017, el porcentaje de cobertura era del 101,29%.

Ante la tensión de liquidez, la línea de emergencia se consumió en sólo dos días. El 6 de junio de 2017 se habían agotado las fuentes de liquidez, lo que implicaba la imposibilidad de que el Banco hiciese frente a sus obligaciones de pago con depositantes y acreedores y que, por tanto, al día siguiente no pudiese desempeñar su actividad, hecho que mi mandante puso en conocimiento del

Banco Central Europeo.

En aplicación de los instrumentos normativos europeos y nacionales aprobados en su momento para afrontar potenciales situaciones de dificultad de entidades financieras sin consumir recursos públicos, la JUR acordó la resolución de la entidad el 7 de junio, decisión que fue ejecutada por el FROB ese mismo día.

El dispositivo de resolución estableció la amortización de todas las acciones, la conversión en acciones y la posterior amortización de los instrumentos de capital de nivel 1 (bonos contingentemente convertibles), y la conversión en acciones del importe nominal de los instrumentos de capital de nivel 2 (obligaciones subordinadas). Las acciones en las que se convirtieron esos instrumentos de capital de nivel 2 fueron las que se vendieron al BANCO SANTANDER, S.A. por cuenta de sus anteriores titulares.

Como consecuencia de esa resolución administrativa (ajena e inesperada para Banco Popular), los demandantes (al igual que el resto de inversores) dejaron de ser titular de las Acciones en las que había invertido. En contrapartida, se garantizó la seguridad de los depositantes, la continuidad de la actividad de la entidad y la ausencia de impacto en las finanzas públicas y en los intereses generales.

Sin perjuicio de ello, como estableció la resolución de la Comisión Rectora del FROB, "de acuerdo con la información contenida en la valoración económica de la entidad, los accionistas y acreedores cuyos instrumentos de capital serán convertidos y/o amortizados no soportarán con tales medidas mayores pérdidas que las que habrían tenido que soportar en el marco de un procedimiento concursal"

Parece claro por lo expuesto que la concreta circunstancia (reiterada masiva de depósitos), que condujo a la resolución de la entidad, no podía bajo ningún concepto, preverse como un evento probable, en el momento en el que se acometió la ampliación de capital.

De cuanto hemos expuesto, se deduce que la Sentencia Recurrída, no llevó a cabo una valoración adecuada de la prueba practicada, cuando concluyó que "al tiempo de emitirse la oferta pública de suscripción de acciones, se anunció públicamente al inversor una situación económica de la entidad emisora de solvencia que no era real".

Desde el punto de vista procesal, la Sentencia Recurrída, adolece de una manifiesta incongruencia, motivada por la introducción de hechos al debate, que no han sido alegados por la parte actora, y asociando además a esa circunstancia fáctica, elementos de prueba, que nada acreditan con respecto a este extremo.

Aun considerando que las mencionadas circunstancias procesales no son impedimentos para revocar la sentencia de primera instancia, de la prueba practicada, no se desprende que, el descenso del valor de la acción durante los meses posteriores se debiera a factores omitidos en el folleto, sino que fue causa de la materialización de factores de riesgo previstos en el mismo y a las dificultades propias del negocio (también expuestas en el folleto).

Por otro lado, también hemos podido analizar como la dotación de provisiones llevada a cabo por Banco Popular en los ejercicios previos a 2016, fue adecuada y coherente con la normativa en vigor en el momento en que las referidas provisiones se dotaron.

Igualmente, se ha puesto de manifiesto que los estados financieros reexpresados (los de 31 de diciembre de 2016), incorporan hitos transcurridos siete meses de la publicación del folleto, cuyo alcance contable era imposible de prever en la documentación que formaba parte del folleto y, en general, toda la documentación que mi mandante puso a disposición del mercado con objeto de la ampliación de capital.

Por todo ello, solicita la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo, es necesario, antes de examinar los concretos motivos, partir de los siguientes antecedentes fácticos que resultan de las pruebas practicadas, con especial significación, de las noticias difundidas en la página Web del Banco Popular; noticias de la prensa especializada sobre la situación del Banco Popular, acompañadas a la demanda; las causas de su crisis; las notas de prensa difundidas por el propio Banco; las comunicaciones de hechos relevantes a la CNMV; las declaraciones de los propios representantes del Banco; las diferentes ampliaciones de capital; de los hechos notorios previstos en el Art. 209. 2 LEC etc.

Así mismo, conviene significar, que las reglas de la carga de la prueba han de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido, de que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la STS de 20 de marzo de 1.987 , y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte, según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del Artículo 217 LEC .

Concretamente, la STS de 18 de mayo de 1.988 , declara en relación con la doctrina legal de la carga de la prueba, que ha de interpretarse: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte".

En este caso, 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, 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 desembolsando 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.

TERCERO.- Consta al efecto, que, en el año 2016, Banco Popular tuvo problemas de capitalización, que ya arrastraba de varios años antes, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2016, que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2016, por 2.505 millones de euros; previamente en el año 2012 se había realizado otra ampliación de capital.

Como reconoce la entidad apelante, sus cuentas habían sido auditadas por Pricewaterhouse (PwC) que indicó un patrimonio neto de 12.423 millones de euros y así se comunicó a la CNMV.

El folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones fue depositado en la CNMV. En dicho folleto se advertía de una serie de riesgos de los valores como era el no poder pagar dividendos y la volatilidad e imprevistos que pueden conllevar significativos descensos.

Además, en su introducción se refería a la incertidumbre derivada de los procedimientos judiciales y reclamaciones judiciales, concretamente, de los relativos a la Cláusula suelo, la entrada en vigor de la circular 4/2016, el crecimiento económico más débil, la preocupación por la rentabilidad financiera, la inestabilidad política; y se refería a las posiciones dudosas e inmobiliarias del grupo que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, lo que de ocurrir, ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible.

También se indicaba en el folleto, que esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Exponía las ventas que a otras entidades se había realizado del negocio y concretaba, como riesgos del negocio del grupo, los derivados de la cláusula suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad que se generen pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el causado por los activos adquiridos en pago de deuda, la refinanciación, los riesgos derivados de la operativa sobre acciones propias, el riesgo de reputación, etc.

Finalmente, en el folleto se aludía al riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa, que es lo que al final ha ocurrido.

La oferta pública para acudir a la misma tuvo gran demanda, y suscritas las acciones, comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2016, y a negociarse el día siguiente.

No obstante, la ampliación capital, se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación, que van dando noticias negativas, como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias etc., lo que genera una crisis de liquidez.

En febrero de 2017, el banco cuelga en su página Web el informe anual y publica los resultados del Banco Popular del ejercicio anterior, reconociendo pérdidas de unos 3.500 millones de euros.

El día 3 de abril de 2017, se comunica por Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un hecho relevante, exponiendo que tiene que provisionar 123 millones de euros más, para afrontar riesgos, provisionar otros 160 millones de euros por determinados créditos, dar de baja garantías y otros semejantes.

El 11 de mayo de 2017, Banco Popular emite otra comunicación de hecho relevante a la CNMV, en el que "niega categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco, ni la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos".

El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017, "la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) nº 806/2014, por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano".

La JUR decide el mismo día, "declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma", al valorar que el Banco Popular "está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo

razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público".

Ello supuso que, el Banco Popular, fuera la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

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

La Decisión de la JUR, indica que "con carácter previo a la adopción de su decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar, ha recibido la valoración realizada por un experto independiente, y de dicha valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de dos mil millones de euros negativos y en el más estresado de ocho mil doscientos millones de euros negativos".

CUARTO.- En este apartado, vamos a reseñar las declaraciones de los responsables del Banco; comunicados del propio Banco; de la CNMV y demás notas informativas sobre el mismo, tras la decisión de la Junta de Resolución.

En dichas informaciones se dice que, "Popular se constituyó hace casi un siglo y, hasta hace unos meses, nadie podía imaginar que acabaría siendo inviable. La entidad, que siempre ha enfocado su negocio en dar préstamos a pequeños empresarios y familias, llegó a ser considerada en los años 90. como el banco más rentable del mundo, pero cometió el error de dejarse llevar por el boom inmobiliario. Los impagos de promotores y demás empresas vinculadas al ladrillo, a los que prestó dinero, junto con los activos inmobiliarios que se ha ido adjudicando desde el estallido de la burbuja, han ido mermando su solvencia, hasta dejarle sin liquidez. Una situación que se ha convertido en insostenible y ha precipitado su liquidación."

El propio Hermenegildo , consejero delegado del Banco hasta el día del 'rescate', confesó, hace unas semanas, que " Popular desembarcó en el ladrillo en un momento inadecuado y aún no lo ha digerido. Como no recibió ayudas públicas, no pudo traspasar activos a Sareb, como sí hizo parte de la banca para digerirlo mejor".

"El comité ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), ha acordado incoar un expediente administrativo sancionador por infracción muy grave a Banco Popular, por haber suministrado al organismo información financiera con datos inexactos o no veraces en sus cuentas anuales de 2016.

El expediente, incoado por la CNMV, en su reunión del pasado día 11 de octubre de 2018, se extiende a los consejeros ejecutivos del Popular -entre ellos, su presidente Javier - a los miembros de la comisión de auditoría del banco y a su director financiero en el momento de los hechos, según informa el supervisor en un comunicado.

En la misma reunión, el comité ejecutivo de la CNMV, de conformidad con el artículo 272.2 de la Ley del Mercado de Valores , acordó suspender la tramitación del expediente por encontrarse en tramitación un proceso penal, por hechos idénticos o inseparables, hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial".

En las comparecencias efectuadas por los tres presidentes del Banco Popular en el Congreso de los Diputados, Don Javier ; Don Julio y Don Leoncio , ante la Comisión de investigación de la crisis financiera, para explicar su visión de la quiebra del banco, Javier acusó a Julio de propiciar, con diferentes métodos, la caída de la acción para que el Santander se quedara con el Popular sin pagar y recibiendo 2.000 millones. Su sucesor, afirmó que cuando llegó al banco, el capital era insuficiente por los ocultamientos y trampas realizadas bajo la órbita de su antecesor. Leoncio denunció deficiencias en los sistemas internos de control de las cuentas del Popular, e insistió, en que la compra del Popular tiene riesgos por los futuros litigios a los que se enfrenta".

Por su parte, el que fuera presidente del Banco Popular, entre febrero y junio de 2017, los últimos

meses previos a su intervención, Don Julio , ha asegurado ante dicha Comisión de Investigación, que la entidad "engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones".

"Durante más de tres horas y media de intervención, rechazó todas las acusaciones de su antecesor, Javier , sobre que los problemas del banco se crearon por su brusca gestión o por sus declaraciones explosivas, ya que, dijo, los problemas eran muy profundos y se originaron en los años de la crisis inmobiliaria".

"Vino a decir que, durante muchos años, no se decía la verdad sobre la situación del banco, y por eso, perdió la reputación en el mercado".

Explicó, que llegó como "bombero, pero a los pocos días me convertí en artificiero porque tenía que desmontar las bombas" que estaban en el balance del banco. La primera de ellas fue, según explicó, al mes de llegar, en abril de 2017, cuando tuvo que hacer la reexpresión de las cuentas de 2016, por la ocultación de datos. En su opinión, para entonces, quedó demostrado que "toda la ampliación de capital de 2016 ya había desaparecido y volvíamos a tener un problema de recursos propios. Ya no había capital suficiente".

Sobre la ampliación de capital llevada a cabo en 2016 por 2.500 millones, declaró que, era "inmoral que Popular hiciera una ampliación por este dinero, cuando le faltaban 8.000 millones.". "Engañar es solo algo que trae problemas a todo el mundo.". "Si un banco no sabe lo que tiene en activo no puede circular. Es una bomba. Se puede llevar por delante, no sólo a miles y miles de personas que han invertido, sino también a los que tienen sus ahorros.".

Para concluir, ratifica la ocultación de datos en el folleto de la ampliación del año 2016, cuando dice que, "las cuentas del ejercicio 2016, en las que se basó el folleto para la puesta en marcha de la segunda ampliación de capital, se cambiaron provisiones de una partida a otra para cubrir las exigencias que los inspectores habían requerido a la entidad, incurriendo así en "trampas" y demostrando que hubo una "voluntad de ocultación.".

Artículo de opinión de Julio publicado el día 15 de junio de 2018 en El País. "El Banco Popular arrastraba problemas estructurales de bastante mayor gravedad a los conocidos, como lo demuestra el seguimiento continuo del que fue objeto desde el 2012 por parte de las autoridades supervisoras, según ellas mismas han explicado con todo detalle, y por la afloración de pérdidas por más de 13.000 millones de euros, al cierre del ejercicio en el que fue resuelto y vendido a su nuevo propietario".

"En el caso del Popular, los hechos que perjudicaron gravemente el balance y los resultados venían de casi una década atrás. Y en su última etapa, se le aplicó de forma estricta la nueva normativa de supervisión y resolución, al tiempo que no se le daba apoyo institucional".

"El presidente de la CNMV, Onesimo , compareció ante la comisión del Congreso que investiga la crisis financiera, manifestando:

"El Banco Popular, presentó pérdidas de 12.218 millones correspondientes a los seis primeros meses de 2017. Ayer se supo que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) está analizando "en qué medida es razonable" imputar íntegramente al primer semestre unos números rojos tan abultados o también corresponden a ejercicios anteriores. La cuestión es relevante porque podría suponer que el Popular hubiera perdido parte de esos 12.218 millones en otros ejercicios y no se deberían cargar contra los recursos propios en junio de 2017, cuando se resolvió el banco y quedó su capital en cero".

"El Banco Central Europeo (BCE) considera que Banco Popular se saltó, al menos desde 2014, la normativa contable establecida por la legislación española, infló tasaciones de activos inmobiliarios, refinanció a promotoras en quiebra y usó sociedades opacas en Luxemburgo para reflotar a empresas

morosas, lo que "alteró" los resultados del grupo durante años y sus ratios de solvencia.

Así lo atestiguan dos inspecciones realizadas por el organismo que preside Ricardo en los últimos años de vida de Popular como entidad independiente, a cuyos informes finales, demoleedores y de carácter estrictamente confidencial, tuvo acceso algunos medios de comunicación".

"La deficiencia más importante es que, el banco no cumplía con los criterios de contabilidad que exige la normativa española, lo que, por sí solo, generaba "un agujero" de entre 1.153 y 1.355 millones de euros. En concreto, Popular incumplía las reglas contables que regulan el registro inicial de los activos adjudicados e impiden su elevación posterior por el simple incremento del valor de referencia, y también aquellas que exigen una cobertura mínima e independiente, cuando estos activos permanecen un tiempo excesivo en balance o están incluidos en el ámbito de aplicación del primer decreto Guindos del año 2012, que exigía a los bancos mayores dotaciones para su ladrillo".

"El incumplimiento de las normas contables detalladas en este *finding* (hallazgo), tiene como efecto principal, la alteración de los resultados de la entidad, con la consiguiente alteración de los coeficientes de solvencia declarados. Adicionalmente, y en relación con el criterio seguido por la entidad, de registrar los activos por su coste de adquisición y corregir en ese mismo instante dicho valor mediante la dotación de coberturas por deterioro, debemos señalar que altera la comparabilidad de su cartera de adjudicados con la del resto de entidades", reza el informe.

Para destapar estas presuntas irregularidades, un equipo de inspectores se desplazó a las oficinas de Popular el 22 de diciembre de 2016, y permaneció allí hasta el 2 de junio de 2017, pocos días antes de la caída del banco".

"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".

En efecto, según señaló Julio en su comparecencia ante la comisión de investigación del Congreso de los Diputados, "reformular las cuentas habría significado que Popular habría sido una nueva Bankia" y que tanto la caída de la acción, que sufrió una fuerte corrección a la baja cuando se anunció la reexpresión de las cuentas, como la salida de depósitos, que ya tenía lugar, habrían sido mucho mayores. Posiblemente, esto hubiera adelantado la resolución de la entidad".

"Pero el informe de la CNMV, no se detiene en desvelar estas cuestiones, sino que describe de forma clara las malas prácticas que la cúpula que el banco, dirigido entonces por Javier, llevó a cabo para ocultar su situación. En este sentido, el informe que servía como base para la apertura de un expediente sancionador, que ha sido suspendido, hasta que se resuelva el proceso penal, recoge que tanto en el traspaso de provisiones de unos activos a otros, como en la financiación para la compra de acciones en la ampliación de Popular se hicieron a sabiendas de que no eran legales y tratando de impedir que lo conocieran quienes pudieran oponerse a esas prácticas":

"En ese sentido, los firmantes del informe sostienen que el traspaso de provisiones se hizo desde activos que no estaban siendo analizados ni por PwC ni por EY, y una vez que se habían decidido cuáles eran los activos que estas auditoras iban a analizar. La otra cuestión que resalta desde la CNMV, es que la liberación de provisiones de aquellos activos fue igual en todos los casos, el 17,5% de las constituidas, para con esos recursos formar un fondo global que permitía elevar ficticiamente las provisiones totales de los activos que las dos auditoras estaban analizando".

"De la misma forma, el informe de la Comisión de Valores afirma que, en el caso de la financiación para adquisición de acciones de la ampliación de junio de 2016, se ocultó dicha iniciativa tanto a la

intervención general del banco, para que ésta no obligara a reducir el nivel de recursos propios de la entidad, como a otros órganos de la entidad. También señala que fue el entonces consejero delegado, Víctor , quien habría dado instrucciones verbales a distintos responsables de la red comercial para forzar a ésta a conseguir inversores financiados por el banco sin que se hiciera público ni se reconociera que estas acciones no podían contabilizarse como capital según la normativa establecida".

En conclusión, a la luz de las anteriores pruebas, se puede afirmar y considerar probado, que el capital del Banco Popular era insuficiente por los ocultamientos y trampas realizadas desde, al menos, el año 2012. Los hechos que perjudicaron gravemente el balance y los resultados venían de casi una década atrás.

La entidad "engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones". Los problemas eran muy profundos y se originaron en los años de la crisis inmobiliaria. Que durante muchos años no se decía la verdad sobre la situación del banco, y por eso perdió la reputación en el mercado.

El propio Banco Central Europeo (BCE), considera que Banco Popular se saltó, al menos desde 2014, la normativa contable establecida por la legislación española; infló tasaciones de activos inmobiliarios, refinanció a promotoras en quiebra y usó sociedades opacas en Luxemburgo para reflotar a empresas morosas, lo que "alteró" los resultados del grupo durante años y sus ratios de solvencia.

El incumplimiento de las normas contables, tiene como efecto principal la alteración de los resultados de la entidad , con la consiguiente alteración de los coeficientes de solvencia declarados.

La entidad debería haber procedido a reformular sus cuentas, en lugar de reexpresarlas, lo que habría tenido consecuencias muy graves para Popular.

Tanto en el traspaso de provisiones de unos activos a otros, como en la financiación para la compra de acciones en la ampliación de Popular, se hicieron a sabiendas de que no eran legales y tratando de impedir que lo conocieran quienes pudieran oponerse a esas prácticas.

Finalmente, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN, dictó Auto de fecha 3 de octubre de 2017, admitiendo a trámite la querrela interpuesta contra el Banco Popular y otros, por si los hechos perpetrados, que llevaron a la ejecución de la decisión de la Junta Única de Resolución, que derivó en la compra de BANCO POPULAR por Banco Santander por un euro, y que ocasionó la amortización de todas las acciones propiedad de los accionistas, y por consiguiente, la pérdida íntegra de su inversión, pudieran ser constitutivos de delito.

QUINTO.- Sentado lo anterior, se alega en primer lugar por el Banco apelante, vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, y ello, por considerar que las deficiencias probatorias desplegadas por los demandantes no podían subsanarse mediante una aportación extemporánea de documentos que, no sería encuadrable ni por hipótesis en uno de los supuestos en los que el artículo 265.3 LEC , permite aportar nueva documentación en respuesta a alegaciones contenidas en la contestación.

La Sentencia recurrida, considera acreditada la legitimación activa y pasiva de las partes del presente procedimiento, con el "justificante bancario de la compra por don Juan María de 15.132 acciones en la ampliación de capital de Banco Popular de mayo de 2016" y con "el de doña Emma de 4.576 acciones en la ampliación de capital de Banco Popular, S.A., de 16 de mayo de 2016" aportados por la parte actora en el acto de la audiencia previa.

Entiende el apelante, que la aportación de dicha documentación en la Audiencia Previa fue extemporánea, de modo que, no debe tenerse en cuenta, insistiendo, en la falta de legitimación tanto activa como pasiva, y ello porque de las órdenes de compra de acciones acompañadas a la demanda,

no se desprende que los actores sean los titulares de las acciones que en ellas se recogen, y que tampoco acreditan que se trate de acciones de la demandada, por lo que se opone tanto la falta de legitimación activa como pasiva.

Ciertamente, con la demanda se acompañaron las órdenes de compra de acciones, considerando el Banco que dicha prueba no es suficiente para acreditar la titularidad, ya así lo alegó en la contestación a la demanda.

Ante la negativa de referidos hechos, invocados en la contestación a la demanda, la parte actora presentó en la audiencia previa, justificante bancario de la compra por don Juan María de 15.132 acciones en la ampliación de capital de Banco Popular de mayo de 2016; así como, justificante bancario de la compra por doña Emma de 4.576 acciones en la ampliación de capital de Banco Popular SA., de 16 de mayo de 2016.

La Juzgadora de instancia consideró que, dicha prueba, fue aportada correctamente en la Audiencia Previa, pues, se hizo como consecuencia de las alegaciones de la demandada, tal y como autoriza el Art. 265 LEC , criterio que es ajustado a Derecho.

En efecto, las órdenes de compra de las acciones acompañada a la demanda, en principio, es prueba suficiente para acreditar la titularidad de las mismas, dada la mecánica actual de adquisición de acciones en el mercado continuo. Además, en este caso, se trata de acciones adquiridas en la ampliación de capital de Banco Popular, conociendo el Banco, perfectamente, quienes acudieron a dicha ampliación, que tuvo lugar en el mes de mayo de 2016 y, por tanto, en el mercado primario, siendo la propia entidad que emite los títulos, quién pone a la venta por primera vez los mismos.

Como a pesar de ello, el Banco negó tanto la legitimación activa como la pasiva, los actores no tuvieron otra opción que, solicitar otra documentación bancaria, para insistir que eran propietarios de las acciones reseñadas en la demanda, y ello no constituye vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, ante, al contrario, estos casos están previstos en el Art. 265 LEC .

El motivo se desestima.

SEXTO.- En segundo lugar, alega vicio de incongruencia al sustentar la sentencia su fallo en un hecho controvertido nunca alegado por la parte actora, y con ello se vulneran los Arts. 216 y 2018 LEC , y 24 C .E. Dice, que la sentencia recurrida, introduce en el debate jurídico cuestiones que no fueron alegadas por la parte actora en su escrito de demanda, vulnerando así el principio de justicia rogada contemplado en el art. 216 de la LEC , y desencadenando una manifiesta incongruencia penalizada por el Art. 218 de la LEC .

Añade que, básicamente, el defecto de incongruencia queda patente cuando dice que "Alega la parte actora que se estaba reflejando una imagen irreal de beneficios y no una situación de pérdidas reales, que ocultaba mediante el uso de artificios contables con el fin de no reflejar la verdadera situación de pérdidas. De tal forma que, si Banco Popular hubiera reflejado en sus cuentas la realidad respecto de sus activos morosos e inmobiliarios y hubiera hechos las coberturas y valoraciones correctas, los resultados del periodo 2009 a 2016 hubieran sido muy distintos, con sustanciales pérdidas y, de haber conocido los actores esta situación real de la entidad, no habrían adquirido las acciones"

Pues bien, examinadas las alegaciones y pruebas propuestas y practicadas a instancia de ambas partes, se puede constatar que la Juzgadora ha examinado y valorados los hechos y circunstancias invocadas tanto por los actores como por el Banco, así como 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. La Juzgadora niega esta tesis planteada por la entidad bancaria, y con ello, en modo alguno incurre en vicio de incongruencia.

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.

El motivo se desestima.

SEPTIMO.- Respecto al fondo del asunto, alega error en la valoración de la prueba, respecto al hecho relevante de 3 de abril de 2017, e incorrecta valoración de la prueba respecto al contenido del folleto de emisión, 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" (Carta de los Administradores de la sociedad anexa al Hecho Relevante de 3 de abril de 2017).

Este motivo no puede prosperar, no solo porque se basa en una carta de los propios Administradores del Banco, que llevaban años ocultando la verdadera situación financiera del Banco, sino porque, como hemos visto, "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".

Por ello, el comité ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), acordó incoar un expediente administrativo sancionador en su reunión del día 11 de octubre de 2018, por infracción muy grave a Banco Popular, por haber suministrado al organismo información financiera con datos inexactos o no veraces en sus cuentas anuales de 2016. Dicho expediente, se extiende a los consejeros ejecutivos del Popular, -entre ellos, su presidente Javier -, a los miembros de la comisión de auditoría del banco y a su director financiero en el momento de los hechos.

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.

Es más, como hemos visto, el que fuera presidente del Banco Popular los últimos meses previos a su intervención, Don Julio , manifestó ante la Comisión de Investigación, que la entidad "engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones". "los problemas eran muy profundos y se originaron en los años de la crisis inmobiliaria". "Vino a decir, que durante muchos años no se decía la verdad sobre la situación del banco, y por eso, perdió la reputación en el mercado". Explicó que llegó como "bombero, pero a los pocos días me convertí en artificioero porque tenía que desmontar las bombas", que estaban en el balance del banco. Que, en abril de 2017, tuvo que hacer la reexpresión de las cuentas de 2016 por la ocultación de datos. Que

"toda la ampliación de capital de 2016 ya había desaparecido y volvíamos a tener un problema de recursos propios. Ya no había capital suficiente".

El motivo se desestima.

OCTAVO.- En cuarto lugar, reitera error en la valoración de la prueba, insistiendo, que el contenido del folleto de emisión no incorporaba inexactitudes ni proyectaba una imagen del Banco, distanciada de la realidad financiera en el momento de la publicación del folleto.

La conclusión alcanzada por la Juzgadora de instancia sobre la incorrección de la información contenida en el folleto de emisión, puesto a disposición del mercado, con ocasión de la ampliación de capital, no es errónea, 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, tal y como reconoce quien fue su presidente al afirmar que "la entidad "engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones". "los problemas eran muy profundos y se originaron en los años de la crisis inmobiliaria".

"Vino a decir que, durante muchos años no se decía la verdad sobre la situación del banco, y por eso, perdió la reputación en el mercado".

Por ello, el Banco Popular no solo presentó un folleto con deficiencias, sino que ocultó su grave situación económica que arrastraba desde la crisis inmobiliaria, y ello generó un error en el consentimiento, prestado por los actores al suscribir las acciones en las que invirtieron.

Así lo afirma el propio presidente del Banco, cuando se refiere a la ampliación de capital llevada a cabo en 2016, por 2.500 millones, declaró que era "inmoral que Popular hiciera una ampliación por este dinero, cuando le faltaban 8.000 millones." "Engañar es solo algo que trae problemas a todo el mundo.". "Si un banco no sabe lo que tiene en activo no puede circular. Es una bomba. Se puede llevar por delante, no sólo a miles y miles de personas que han invertido, sino también a los que tienen sus ahorros."

Reconoce la ocultación de datos en el folleto de la ampliación de capital del año 2016, cuando dice que "las cuentas del ejercicio 2016, en las que se basó el folleto para la puesta en marcha de la segunda ampliación de capital, se cambiaron provisiones de una partida a otra para cubrir las exigencias que los inspectores habían requerido a la entidad, incurriendo así en "trampas" y demostrando que hubo una "voluntad de ocultación."

El motivo se desestima.

NOVENO. A mayor abundamiento, conviene significar que, la acción ejercitada en la demanda, no solamente se fundamenta en la responsabilidad por folleto a que alude el Art. 38.1 del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), sino básicamente, en la errónea representación de la situación económica y financiera del Banco Popular, entidad emisora de la ampliación de capital, que entiende, vicia su consentimiento, por haberse presentado como favorable, cuando era negativa, ocultando información precisa sobre su verdadero estado, que de haberse conocido, le hubiera determinado a no suscribir las acciones, citando de forma expresa el error del Art. 1266 CC.

Además, cuando el Banco Popular publica una determinada situación patrimonial, el principio general de la buena fe del Art. 7.1 CC, como el previsto en el Art. 1258 del mismo Código Legal, para los contratos, exigen que no se pueden ocultar datos decisivos o presentarse de forma sesgada o incompleta, dando a entender una situación financiera que no se corresponde con la realidad, tal y como hemos visto que ha sucedido con el Banco Popular.

Con acierto, concluye la Juzgadora de instancia, que la imagen de solvencia publicitada y divulgada por el Banco Popular, no se correspondía con la situación económico financiera real, pues, de haberse reflejado en sus cuentas la realidad, respecto a sus activos morosos e inmobiliarios, y haber hecho las coberturas y valoraciones correctas, los resultados del período 2009 a 2016, hubieran sido muy distintos, con sustanciales pérdidas, pues, insistimos, la delicada situación financiera del Banco no se produce solamente por hechos coetáneos y posteriores a la ampliación de capital de 2016, sino que tienen su origen en la crisis inmobiliaria, tal y como reconocen sus directivos ante la Comisión de investigación del Congreso.

Obviamente, si el Banco no hubiera ocultado la verdadera situación financiera, en lugar de proyectar una imagen de solvencia como venía publicitando en los ejercicios anteriores a la ampliación de capital, los actores no hubieran acudido a la ampliación de capital, siendo la ocultación de tales datos, los que provocaron un error invalidante del consentimiento contractual.

Así mismo, es irrelevante desde el punto de vista jurídico, que las acciones se compraran en la ampliación de capital; en el mercado secundario y a través de un tercero, pues todas estas son formas legales de adquisición de acciones de cualquier sociedad de capital que cotiza en Bolsa.

Lo esencial, para la adquisición de las acciones, por los consumidores, invirtiendo sus ahorros, cualquiera que fuera su clase y naturaleza, es que el Banco Popular venía informando públicamente al inversor de una situación económica de la entidad de solvencia muy alejada de la realidad, siendo esencial para el inversor, que con la compra de acciones pasa a formar parte de la sociedad de capital, la verdadera situación económica del Banco, pues a mayor solvencia, más confianza de los inversores, de modo que, los datos económicos del Banco se erigen en elementos esenciales del negocio jurídico, y a mayor insolvencia, mayor desconfianza y absoluto rechazo de los inversores para adquirir acciones de una entidad, con enormes problemas económicos.

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.

Si el Banco Popular, hubiera reflejado en sus cuentas, la realidad, respecto a sus activos morosos e inmobiliarios, y hubiera hecho las coberturas y valoraciones correctas, los resultados del período 2009 a 2016, hubieran sido muy distintos, con sustanciales pérdidas y, de haber conocido los actores esta situación real de la entidad, no habrían adquirido las acciones, de una entidad bancaria al borde de la quiebra. 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.

Dicho de otra forma, los mecanismos utilizados por el Banco Popular para ocultar su grave situación económica, llevó a los actores a acudir a la suscripción de acciones, y formar parte de una sociedad solvente y con beneficios, cuando realmente, suscribieron acciones de una sociedad, con importantes pérdidas, hasta el punto que fue resuelta y vendida por un irrisorio euro.

No es cierto, que la situación de graves pérdidas se produjera en las fechas siguientes a la ampliación de capital, ni sus causas fueran circunstancias sobrevenidas, sino que las graves pérdidas, ya venían produciéndose desde la crisis inmobiliaria, siendo escamoteadas por la entidad bancaria mediante las prácticas y subterfugios antes detallados y reconocidas por sus propios directivos.

A tales efectos, conviene traer a colación la STS de 3 de febrero de 2.016 , según la cual, "si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias

acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los Art. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre , tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones".

Como bien dice la Juzgadora de instancia, aunque las acciones no son calificadas como producto complejo, sí ha de cumplir la entidad bancaria, que hace una oferta pública de acciones, el deber de proporcionar información clara y comprensible, sobre el estado de sus activos y pasivos, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y así resulta de los Art. 27.1 LMV, 16 del RD 1310/2005 y de la Directiva 2003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003.

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.

Esa información, falseada o irregular, llevó a los demandantes a hacerse una representación equivocada de la rentabilidad de su inversión, dado que, sin solución de continuidad, desde la finalización de la oferta, el banco desveló una situación "netamente distinta" hasta que fue intervenido y vendido por un euro a otra entidad , con pérdida íntegra de la inversión de los actores. Obviamente, de haber tenido conocimiento del estado real de la sociedad, los actores no habrían invertido sus ahorros, pues carecían de medios para conocer cuál era la real situación contable del Banco. Tampoco es admisible el argumento, de que la actuación del banco fue aprobada por la CNMV, dado que la superación de los controles de los organismos supervisores y de la normativa sectorial, no añade nada relevante al hecho de que, el Popular, presentó a los potenciales compradores de acciones, una imagen de solvencia que no se ajustaba a la realidad.

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. La información que Banco Popular venía facilitando desde 2010, respecto a su situación patrimonial, no era correcta, y los datos contables y financieros recogidos tampoco respondían a la realidad de la entidad. El propio ex-Gobernador del Banco de España, en unas declaraciones ante el Congreso de los Diputados, explicaba que debería haberse intervenido el Banco Popular ya en el año 2012. Durante el año 2011, se han comprobado maniobras extrañas para ocultar la morosidad.

DECIMO.- -Finalmente, como se dice en la sentencia de instancia, concurren todos los requisitos para apreciar el error invalidante del consentimiento.

Se trata de un error sustancial, tal y como previene el Art. 1266 CC , debe recaer sobre "la sustancia de la cosa" o "sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Como hemos dicho, es elemento esencial para realizar la inversión, conocer la verdadera situación patrimonial del emisor de las acciones que van a suscribirse, y todas las pruebas analizadas, evidencian que no se facilitaron correctamente, por lo que, los adquirentes se representaron una realidad diferente a la verdadera. (STS 10/2017, de 13 enero , 89/2018, de 19

febrero).

El error, a que se indujo a los actores es excusable, en tanto en cuanto, que tanto la información previa ofrecida por el Banco, como el propio folleto, no reflejan la imagen fiel de la situación económico financiera de la entidad bancaria.

El Art. 37.1 TRLMV, exige que la información permita, de forma fácilmente analizable y comprensible, que los inversores hagan, ". 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".

En este caso, además de ocultar el Banco la verdadera situación económica, el propio folleto, proclama que al ser Banco Popular el "banco español con el negocio principal más rentable", "las expectativas a medio plazo son positivas", se retornará gradualmente "a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas.", ocultando una situación de cuantiosas pérdidas. (STS 741/2015, de 17 diciembre , 235/2016, de 8 abril 2016).

Sobre este particular, traer a colación la STS 24/2016, de 3 febrero , sobre el caso Bankia, diciendo que "la difusión del folleto con información que no recoge la verdadera situación patrimonial del banco impide al adquirente superar el error, que se convierte así en excusable.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la SAP Asturias, Secc. 5ª de 3 octubre de 2108 y la SAP de BIZKAIA - Sección Cuarta- de 26 de noviembre de 2018 , que aprecian error en la adquisición al no cumplir Banco Popular "con el deber de información de modo claro, real y completo de su situación económica" lo que propicia "un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no lo era tal".

En definitiva, la abundante prueba practicada permite concluir que, se incurrió en error, que invalida el consentimiento, y provoca la anulación de la operación de adquisición de las acciones.

Los efectos jurídicos del error, que invalida el consentimiento, vienen determinados en el Art. 1301 CC , es decir, el Banco Popular abonará a los actores la cantidad invertida de 30.672,27 euros, más su interés legal desde la fecha de adquisición de las acciones hasta la fecha de la sentencia de instancia, más intereses del Art. 576.1 LEC . A su vez, el cliente restituirá los títulos, caso de existir, y en su caso, los dividendos obtenidos.

Así se ha pronunciado en supuestos similares el TS en sentencias 270/2017, de 14 mayo ; 135/1997 y 1 de febrero de 2003; entre otras.

En definitiva, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

UNDECIMO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C . las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante al desestimarse el recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANCO POPULAR, S. A.** contra la sentencia núm. 67/18 de fecha 31 de julio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Trujillo en autos núm. 132/18, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** expresada resolución; con imposición de costas a la parte apelante.

No tífíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009 , en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 67/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 824/2018

Ponente: Arsuaga Cortázar, José.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 3967/2019

ECLI: *ES:APS:2019:1*

BANCA. Acciones y productos financieros. CONTRATOS (DISPOSICIONES GENERALES). Consentimiento. Vicios del consentimiento. Error. -- Eficacia e ineficacia. Nulidad relativa o anulabilidad.

A Favor: CONSUMIDOR.
En Contra: ENTIDAD FINANCIERA.

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martin S/N Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0001029/2017 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000824/2018**

NIG: 3907542120170012747

Resolución: Sentencia 000067/2019

Apelante: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA; Procurador: ISIDRO MATEO PEREZ

Apelado: Serafin ; Procurador: MARÍA DOLORES CICERO BRA

SENTENCIA Nº 000067/2019

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.

En la Ciudad de Santander, a siete de febrero de dos mil diecinueve.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario núm. 1029 de 2017, Rollo de Sala núm. 824 de 2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santander, seguidos a instancia de D. Serafin contra Banco Popular Español S.A..

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, Banco Popular Español S.A., representado por el Procurador Sr. Isidro Mateo Pérez y defendido por los Letrados; Sr. Francisco de Asís Torres Torres y Sr. Gastón Durand Baquerizo; y apelada la demandante, D. Serafin , representado por la Procuradora Sra. M^a Dolores Cicero Bra y defendido por el Letrado Sr. Antonio del Castillo.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 19 de julio de 2018 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: *"Estimando totalmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Cicero en representación de D. Serafin contra la entidad " Banco Popular Español S.A.", declaro: que procede anular el contrato orden de suscripción -adquisición de acciones en la ampliación de Banco Popular Español S.A., concertado por el actor y la demandada el día 2 de junio de 2016 referido a 5731 títulos acciones de la ampliación de capital 2016, por concurrir error vicio del consentimiento, y de aquellos otros negocios jurídicos conexos en la parte que resulte necesaria para la efectividad de esta acción, dejándolos ineficaces desde su fecha y condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y a devolver al actor la cantidad de 2294,50 euros, más los intereses correspondientes desde la fecha antes referida, devolviéndose por la parte actora las acciones recibidas que obren en su poder y los importes que pudiera haber recibido por dividendos o venta de títulos en su caso.*

Se imponen las costas de esta instancia a la parte demandada".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes.

Planteamiento del recurso.

1. El actor, D. Serafin , presentó demanda -tramitada a través del juicio ordinario- contra el Banco Popular Español, S.A., en la que tras indicar que suscribió, en la ampliación de capital de esta entidad de mayo de 2016, la compra de 5.731 acciones por un importe de 2.294,50 euros el día 2 de junio de 2016, interesó en su petición:

1.1.- Principalmente, la declaración de nulidad de la citada suscripción por error-vicio del consentimiento, o, subsidiariamente, por dolo del emisor de los títulos, con ineficacia de otros negocios jurídicos conexos y con la obligación de restituir las prestaciones recíprocas.

1.2.-Subsidiariamente, a) la resolución del contrato de compra de acciones por incumplimiento del emisor, con restitución de las prestaciones; o b) si no se estimara la resolución, que se declare la responsabilidad del emisor por información inveraz con obligación de indemnizar al suscriptor en el importe de 2.294,50 euros, con el interés legal desde la demanda. Todo con expresa imposición de las costas procesales.

2. La parte demandada oposición en su contestación sobre la base de negar los fundamentos de hecho en que se asientan las acciones acumuladas de forma eventual, esencialmente por rechazar el argumento relativo a que la información facilitada a los inversores que pudiera determinar su voluntad de contratar fuera inveraz.

3. La sentencia del juzgado de primera instancia nº 4 de Santander de 19 de julio de 2018 estimó íntegramente la demanda y declaró, en consecuencia, la nulidad por la existencia de un error que vició el consentimiento del actor, al considerar que los datos incorporados en el folleto de emisión no reflejaban la imagen fiel de la entidad y provocaron un conocimiento equivocado por el adquirente de su situación económico- financiera.

4. El Banco Popular Español presenta recurso de apelación, en el que, sucintamente, denuncia el error cometido por el juez de instancia en la apreciación de la prueba y en la recta aplicación del derecho, formulando las alegaciones fundamentales siguientes: (i) la información ofrecida para la adquisición de acciones de la entidad en la ampliación de capital de mayo de 2016 fue correcta y veraz; (ii) no se acredita la insuficiencia o falsedad del folleto informativo registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV); (iii) no es exigible -ni puede servir para formar la convicción judicial- el requerimiento para la entrega del informe de la auditora Deloitte elaborado a petición de la JUR.

5. La parte actora se opone expresamente al recurso e interesa su desestimación reiterando los argumentos de la demandado y haciendo suyos los incorporados en la sentencia.

SEGUNDO: Hechos determinantes de la resolución de la Sala.

1. En la labor que corresponde a este tribunal, con plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), ha de advertirse -como se indicará a continuación- que existen una serie de hechos que no han sido objeto de controversia porque las partes los aceptan o, en otro caso, son notorios o se deducen sin dificultad de lo actuado.

2. El actor adquirió 5731 acciones del Banco Popular Español, S.A., desembolsando 2.294,50 euros, el 2 de junio de 2016, en el ámbito de la oferta pública de suscripción de acciones (en adelante, OPS) de dicha entidad. El origen se encontraba en la ampliación de capital acordada por su junta general de 11 de abril de 2016 y concretada y ejecutada en la reunión del órgano de administración de 25 de mayo de 2016.

3. A instancias del banco, PricewaterCoopers Auditores, S.L., emitió informe previo de 26 de mayo de 2016 de revisión limitada de estados financieros intermedios consolidados resumidos, advirtiendo expresa e inicialmente " *que en ningún momento podía ser entendida como una auditoría de cuentas* " (documento nº 5 de la contestación), en el que se hacía constar que " *no ha llegado a nuestro conocimiento ningún asunto que nos haga concluir que los estados financieros intermedios adjuntos del periodo de tres meses terminado el 31 de marzo de 2016 no han sido preparados, en todos sus aspectos significativos, de acuerdo a los requerimientos establecidos en la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 34, Información Financiera Intermedia, adoptada por la Unión Europea* ".

4. En el folleto de la OPS (documento de registro del emisor y nota sobre las acciones y el resumen) registrado en la CNMV se hacían las siguientes indicaciones:

(i) se cifraba el total del patrimonio neto de la entidad, en miles de euros, en 11.475.779 en 2013, 12.669,867 en 2014, 12.514.625 en 2015 y 12.423.184 en el primer trimestre de 2016.

(ii) se cifraban los fondos propios, en miles de euros, en 11.774.471 en 2013, 12.783,396 en 2014, 12.719.992 en 2015 y 12.754.809 en el primer trimestre de 2016.

(iii) se informa del resultado consolidado de los siguientes periodos, en miles de euros: 254.393 en el año 2013, 329.901 en el año 2014, 105,934 en el año 2015 y 93.611 en el primer trimestre del año 2016.

(iv) en la página 21 y ss. de la nota sobre las acciones y resumen se informaba de una serie de "incertidumbres" que pudieran afectar a los niveles de cobertura, destacando, por su relevancia, la entrada en vigor de la Circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016; el crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses; la preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero; la inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales; y la incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entabladas contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria.

(v) A continuación se explicaba que el escenario de incertidumbre, acompañado de las características de las exposiciones del Grupo, aconsejaban aplicar " *criterios muy estrictos en la revisión de posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros* ". Pero se anticipaba que, de producirse esta situación, se ocasionarían pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo.

(vi) Sin perjuicio del mayor detalle en el cuerpo del folleto (tanto en el documento de registro como en la nota sobre las acciones), se indicaba en su introducción como riesgos relacionados con los negocios del grupo, los derivados de las cláusulas suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad derivada de pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el de mercado, el estructural de tipo de cambio y de tipo de interés, el operacional, el derivado de la operativa sobre las acciones propias, el reputacional, el regulatorio (riesgo de solvencia y mayores requerimientos de capital) y macroeconómicos y políticos.

5. Tras los resultados negativos del tercer y cuarto trimestre del año 2016, se publica una nota de prensa el 3 de febrero de 2017 por el Banco en el que se informa de que en el ejercicio 2016 se registra como resultado una pérdida contable de 3.495 millones de euros, indicando que se ha cubierto con el importe obtenido en la ampliación de capital y con su exceso de capital, de un lado, y que la solvencia se mantiene muy por encima de los mínimos regulatorios, del otro.

6. La junta general extraordinaria de 20 de febrero de 2017 aprueba el nombramiento de un nuevo consejero ejecutivo del Banco. Con posterioridad es designado presidente al que acompaña un nuevo consejero delegado y cambios en el órgano de administración.

7. La junta general ordinaria del Banco celebrada el 10 de abril de 2017 aprueba las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317,508, 86 euros.

8. El resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros. Se formuló por la entidad una " *reexpresión de cuentas* " del ejercicio 2016 con los siguientes resultados: 239.928.000 euros de reducción en el activo; 240.508.000 euros de reducción del pasivo neto; 580.000 euros de incremento en el pasivo y un incremento de las pérdidas que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

9. En la nota de prensa de 5 de mayo en que se informa del resultado se consigna que, a cierre de

marzo, " *Popular sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11.375% "*.

10. El Banco comunica el 11 de mayo de 2017 un hecho relevante a la CNMV en el que desmiente categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco, que exista un riesgo de quiebra o que el Presidente del Consejo de Administración haya comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos. Se insiste, esencialmente, en el mismo contenido en el hecho relevante comunicado el 15 de mayo de 2017

11. Tras la sucesión de varios hechos relevantes a la CNMV sobre rebaja de las calificaciones a largo y corto plazo de la entidad por la agencias de calificación, se comunica el 6 de junio de 2017 al Banco Central Europeo que el Banco ha agotado su liquidez y que al día siguiente no podría desempeñar su actividad.

12. Tras la comunicación realizada por el BCE, la Junta Única de Resolución (en adelante, JUR) el 6 de junio de 2017 decide " *declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma "*. Considera que el banco " *está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público "*.

13. El 7 de junio de 2017 el FROB, resuelve amortizar la totalidad de las acciones. Se indicaba (antecedente de hecho cuarto) que según la valoración de un experto independiente (los medios de comunicación especializados indican que se encargó a Deloitte) recibida por la JUR, resultan unos valores que en el escenario central son de 2.000.000.000 de euros negativos y en el más estresado de 8.200.000.000 euros negativos. Los accionistas dejaron de ser titulares. Se acuerda su venta al Banco Santander, S.A. por un euro.

14. No consta que, hasta el momento, la JUR haya desvelado el contenido, total o parcial, del informe inicial y/o los sucesivos encargados.

TERCERO: Las acciones como producto de inversión ofrecidas a través de una oferta pública de suscripción .

1. La Ley de Mercado de Valores (hoy Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre -en adelante TRLMV-) se aplica (art. 2 y Anexo) a los valores negociables, y, por tanto, a las acciones de sociedades.

2. Las acciones adquiridas en la oferta de suscripción, con ser un producto de riesgo, no son un instrumento financiero complejo (art. 217 TRLMV) que obligue, en su comercialización, al cumplimiento del más alto estándar de información y documentación mediante la obligación de realizar el test de conveniencia -salvo que preste servicio de asesoramiento o de gestión de carteras-, o, en su caso, el idoneidad previsto en la ley (arts. 213 y ss. TRLMV).

3. Una Oferta Pública de Suscripción de Valores (OPS), de acuerdo a los arts. 35.1 TRLMV es " *toda comunicación a personas 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 "*. La adquisición, por tanto, por el inversor, es originaria, frente a la derivativa que se produce por la compra posterior en el mercado.

4. Que el estándar exigible en la contratación no sea el propio de los productos o instrumentos financieros complejos, no significa que no revista significación el cumplimiento de las exigencias legales relativas al contenido del folleto informativo de la emisión que debe registrarse en la CNMV.

El art. 37.1 TRLMV indica que "El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que

los inversores puedan 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. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible".

5. En tal sentido, el carácter informativo decisivo del folleto se puso de manifiesto en las sentencias 23/2016 y 24/2016 de 3 de febrero de 2016 dictadas por el Tribunal Supremo (" Caso Bankia ") al indicar que tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública.

Máxime, se recordaba, si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria. Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto no es tan relevante, se decía, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto.

CUARTO: La prueba y sus consecuencias para determinar el error/vicio.

1. La primera y principal acción acumulada, que ha prosperado, ha consistido en la pretensión de nulidad por apreciación de un error/vicio en la adquisición de los valores. La razón determinante, expuesta por el juez de instancia, es considerar que, por los hechos y circunstancias posteriores a la emisión, la información contenida en el folleto era inveraz.

2. Para alcanzar la convicción de la Sala no es posible olvidar algunos elementos determinantes: la presencia de hechos notorios, el juego de las presunciones judiciales y la aplicación de los principios sobre la distribución de la carga de la prueba del art. 217 LEC .

3. Sobre la naturaleza de los hechos notorios (el art. 281 LEC indica que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general) rescatamos de las sentencias antedichas la doctrina que emana de la STS 241/2013, de 9 de mayo , al indicar expresamente que " 154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994 , afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan - ámbito de la difusión del conocimiento, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba".

4. A partir del art. 386.1 LEC calificamos a la presunción judicial como aquella operación intelectual que forma parte del conjunto de valoración del juez en el momento de dictar sentencia a través de la

cual se fija como cierto un hecho, que no ha sido admitido ni resulta acreditado por prueba directa alguna, cuando presente con otro hecho que sí ha sido admitido o ha quedado debidamente probado en el proceso, un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica. La deducción lógica que es fundamento de la presunción opera sobre la base de un criterio de normalidad: las actuaciones y actividades humanas se realizan siguiendo unas pautas determinadas de comportamiento, de suerte que a partir de unos hechos es racional deducir otros que normalmente acompañan a los primeros.

5. En supuestos como el actual, no podemos obviar el juego intenso de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria formulados en el art. 217.7 LEC al decir que " *Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio* ". A partir de la flexibilización del rigor que en ocasiones debemos predicar de las reglas anteriores del mismo precepto, se exige a la parte que tiene más facilidad o se encontraba en una mejor o más favorable situación por su disponibilidad o proximidad con la fuente de prueba, que asuma el deber de acreditar la realidad o certeza de lo que invoca como fundamento de su posición. Y esta regla permite que en supuestos como el presente, en el que el resultado padecido por los adquirentes de las acciones en la ampliación de capital resulta realmente anormal y desproporcionado al haberse producido en el transcurso de un breve espacio de tiempo (un año) el daño patrimonial representado por la pérdida completa de su inversión, que sea precisamente la entidad bancaria quien deba, para excluir su eventual responsabilidad, justificar que la imagen fiel de solvencia de la sociedad en el instante de la adquisición era la que reflejaba los estados financieros que fueron publicados a través del folleto informativo y que la causa, por tanto, de la amortización de las acciones fue por completo ajena a la situación publicada.

6. Las partes han discutido sobre la incidencia que en la resolución tiene el informe de Deloitte que la JUR interesó antes de su decisión. Sin embargo, no conoce con certeza el tribunal la suerte de dicho informe, ni menos su contenido, más allá de lo que se incorporó -y ya se ha relatado- en el antecedente de hecho cuarto de la resolución del FROB, coincidente con lo que los medios de comunicación especializados publicaron. Cuestionó la parte demandada en un escrito posterior a la audiencia previa y mantiene en su recurso los motivos por los cuales no se le debe exigir su presentación. La Sala estima (*i*) que la prueba se interesó por la actora y fue admitida al amparo del art. 328 LEC , que impone el deber de exhibición entre las partes; (*ii*) que, pudiendo hacerlo con fundamento en el art. 285.2 LEC , la parte demandada no formuló recurso de reposición contra la admisión de la prueba por considerarla inútil o impertinente antes de formular protesta para hacer valer sus derechos en la segunda instancia; (*iii*) que la valoración sobre su pertinencia o su utilidad, de acuerdo al art. 283 LEC , corresponde al juez que la admitió y no a las partes ni ahora al tribunal cuando previamente no se interpusieron frente a ella los medios de impugnación que la LEC dispone; (*iv*) que, no obstante lo anterior, aunque no se nos presenta una justificación suficiente para considerar que el informe o dictamen interesado haya sido declarado formal y legalmente declarado reservado o secreto por la JUR, en todo o en parte, la falta de conocimiento actual del informe (año y medio más tarde) o parte de él y las diferentes versiones aportadas de noticias difundidas por los medios de comunicación permiten considerar que su contenido no ha sido difundido -más allá de algunas filtraciones o, incluso, especulaciones, sobre su contenido-; (*v*) y esto último, en fin, es el motivo por el cual no puede concluirse afirmando con seguridad que la parte demandada dispone claramente de su contenido sin obstáculo para ser aportado, de manera que no podemos considerar que la exhibición acordada, por las circunstancias concurrentes, ha sido negada sin justificación para que pueda producirse la consecuencia sancionadora prevista en el art. 329 LEC y que supondría atribuir al documento la versión que del mismo hubiera dado la parte actora.

7. Puestos los antecedentes al servicio del supuesto objeto de recurso, la Sala, avanzamos ya, no va a llegar a otra conclusión distinta que la del juez de instancia. Destacamos ahora como conclusiones

parciales relevantes que encaminan la apreciación final: (i) que la publicidad comercial del banco y en menor medida la descripción de las causas de incertidumbre y riesgos descritos en el folleto de la OPS anunciaban una imagen clara de solvencia de la entidad, que trató de mantenerse hasta el final; (ii) que la evolución proyectada del negocio, optimista entonces, se topa con un deterioro radical de sus resultados, con inicio prácticamente al cubrirse la ampliación por 2.505.500.000 euros, pues si 93.611 miles de euros fueron los beneficios declarados en el primer trimestre del año 2016, la pérdida contable al cierre de las cuentas del año 2016 era ya de 3.485 millones de euros, pérdida que se reitera en el primer trimestre del año 2017 (137 millones de euros); (iii) que el más negativo de los augurios que en el folleto se indicaba fue clara y radicalmente superado, pues a pesar de explicar que se iba a aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, en la peor de las situaciones se pronosticaban pérdidas contables valoradas en 2.000 millones de euros para el año 2016 -que quedarían cubiertas en todo caso por la ampliación de capital- cuando el resultado ofreció una pérdida contable de 3.495 millones de euros, y que implicó la necesidad de "reexpresar" las cuentas con el resulta indicado; (v) y que, en fin, 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.

QUINTO: Consecuencias de las graves inexactitudes del folleto.

1. Las SSTS 23/2016 y 24/2016 de 3 de febrero de 2016 , indicaron que el hecho de que se hayan adquirido acciones de una sociedad anónima no constituye un obstáculo para la apreciación de la existencia de un error vicio en la suscripción aunque ello produzca, como consecuencia, la nulidad de la misma.

Se afirmaba que " *En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del*

*mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas. No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirmann contra ImmoFinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas. Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas".*

2. En consecuencia, afirmaba tal doctrina que esta interpretación abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 y 1303 del Código Civil).

3. La consideración del error -junto a la violencia, intimidación y el dolo- como elemento causante de la nulidad del consentimiento (art. 1265 y 1266 CC) implica una falta de representación de la realidad, por partir de una ignorancia o una creencia inexacta. Los requisitos fundamentales son dos y ambos se cumplen:

(i) Debe ser esencial, en el sentido de proyectarse sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de constituir la causa concreta o de motivos incorporados a la causa. La representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada del eventual resultado no tendría la consideración de error. Sin embargo, aquí, el conocimiento por el adquirente del componente aleatorio en que se desenvuelve la cotización de una acción en un mercado secundario no puede suponer que admita un riesgo catastrófico, como solo puede ser calificado el que se produjo con el resultado de pérdida completa de la inversión en un corto espacio de tiempo.

(ii) Y debe ser excusable. El ordenamiento no puede proteger a quien no lo merece por su propia conducta negligente. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, como solo puede ser calificado el hoy actor; de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible por las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En definitiva, como ahora ocurre, en la situación de conflicto debe protegerse a la parte que confía en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

4. El efecto de la nulidad es la restitución, por imponerlo el art. 1.303 CC , con el propósito de borrar los efectos del contrato, reinstaurando la situación anterior al mismo como si éste no hubiera existido. Consecuencia de ello es que la valoración de las cosas que han de restituirse no constituye el fundamento de la acción de nulidad, sino la consecuencia de su ejercicio.

El art. 1.303 CC impone que deban restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. Ello implica -con carácter general en la declaración de invalidez de los contratos sobre instrumentos financieros, como reiteradamente ha declarado esta Sala- como consecuencia, por un lado, la obligación de la entidad bancaria de devolver el principal invertido y los frutos que el capital ha generado -es decir, el interés legal devengado desde la orden de compra- como medio de lograr un justo reintegro patrimonial; del otro, el deber de la parte actora de reintegrar a la parte demandada, como método para lograr la real restitución de las cantidades

entregadas por ambas partes, la totalidad de los importes brutos -el importe que la parte demandada realmente satisfizo con cargo a su patrimonio- abonados como intereses, rendimientos o dividendos durante el periodo de vigencia del producto contratado -si existieron- y los propios títulos entregados.

5. No obstante, la pérdida completa declarada del valor de sus acciones, como de su propia eficacia como elemento representativo del capital, 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.

El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

SEXTO: Costas procesales del recurso de apelación.

Desestimándose el recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC , procede hacer imposición de las costas de esta alzada a la parte demandada.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco Popular Español, S.A. (sucesión del Banco de Santander, S.A.) contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 4 de Santander de 19 de julio de 2018 , que confirmamos íntegramente.

2.- Se imponen las costas procesales del recurso de apelación a la parte demandada.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, Sentencia 29/2019 de 18 Ene. 2019, Rec. 333/2018

Ponente: Salinero Román, Francisco.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 3925/2019

ECLI: *ES:APVA:2019:57*

BANCA. Acción de nulidad de contrato de suscripción de acciones emitidas por la entidad bancaria demandada en operación de ampliación de capital. Estimación. Al tiempo de la oferta de suscripción, la situación financiera y contable de la entidad bancaria no podía corresponder a la que se reflejaba en el folleto de la emisión, sin que el hecho de que pudieran estar auditados sin salvedades los estados financieros constituya obstáculo a tal conclusión, siendo dicha información determinante de la prestación del consentimiento, viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de la situación real financiera de la demandada.

La AP Valladolid desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia que estima la acción de nulidad de contrato de suscripción de acciones emitidas por la entidad bancaria demandada en operación de ampliación de capital.

A Favor: CONSUMIDOR.
En Contra: ENTIDAD FINANCIERA.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00029/2019

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 **Fax:** 983.413482

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47186 42 1 2018 0002163

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000333 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000123 /2018

Recurrente: BANCO POPULAR, S.A.

Procurador: MARIA DEL PILAR MANZANO SALCEDO

Abogado: ANTONIO MORALES PLAZA

Recurrido: Segismundo , Africa

Procurador: ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN, ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN

Abogado: MARÍA DULCE SANZ ROJO, MARÍA DULCE SANZ ROJO

SENTENCIA núm. 29/2019

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSE RAMÓN ALONSO MAÑERO PARDAL

D^a EMMA GALCERÁN SOLSONA

En VALLADOLID, a dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Procedimiento Ordinario núm. 123/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid, seguido entre partes, de una, como **DEMANDANTE-APELADA**, D. Segismundo y D^a Africa , representados por la Procuradora D^a. Ana-Isabel Escudero Esteban y defendidos por la Letrada D^a. María-Dulce Sanz Rojo; y de otra, como DEMANDADA- APELANTE, la entidad BANCO POPULAR, S.A., representada por la Procuradora D^a. María del Pilar Manzano Salcedo y defendida por el Letrado D. Antonio Morales Plaza; sobre nulidad de suscripción de acciones y reintegro de cantidades.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 18/04/2018, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:

"Estimando la demanda presentada por D. Segismundo Y D^a Africa contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.:

-declaro la nulidad del siguiente Contrato-Orden de Valores: Compra de 4.298 derechos de Banco Popular S.A. con NÚMERO DE CONTRATO NUM000 , en fecha 6/6/2016, por un importe efectivo de 1.070,20€, más 2,71 € de gastos, y la suscripción de 3.991 valores, Acciones Banco Popular Español, por un importe efectivo de 4.988,75 € en fecha 20/6/2016, acciones amortizadas en fecha 8/06/2017, con un valor de 0€. La inversión total efectuada fue de 6.061,66 €.

- Declaro la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente anterior a la celebración del contrato de adquisición de las acciones Banco Popular, para lo cual los actores harán todo lo que resulte necesario para transferir esta titularidad.

- Condeno a la demandada a abonar a los actores los intereses equivalentes al tipo del interés legal del dinero desde la fecha de la contratación hasta la fecha de la sentencia.

-Las costas se imponen a la demandada."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de la parte demandada, BANCO POPULAR, S.A., se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte demandante se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 11/12/2018, en que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante alega en esencia con su recurso la equivocación del Juzgador en la valoración de la prueba respecto a que la información previa a la negociación contractual de la ampliación de capital del Banco Popular no era real.

Como ya es criterio de esta Sala en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado entre otras en la sentencia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2015 solo será criticable la valoración del Juzgador a quo de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010 , RIP n.º 1988/2005 , 11 de noviembre de 2010 , RIP n.º 1881/2005); o se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994 , 1 8 diciembre 2001 , 8 febrero 2002); o se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002 , 13 diciembre 2003 , 9 junio 2004); o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995 , 1 8 diciembre 2001 , 19 junio 2002).

Tales condiciones negativas no se aprecian en la actividad valorativa del Juzgador "a quo" pues de manera pormenorizada y suficientemente explicada desbroza la prueba y sienta los hechos que a su juicio son decisivos para concluir que no se produjo una debida información del estado económico real del Banco Popular y que los actores no fueron conscientes del peligro derivado de dicho estado cuando suscribieron las acciones emitidas con ocasión de la ampliación del capital, precisamente por tal falta de información.

No constituye óbice a esta conclusión que, como se argumenta en el recurso, el producto bancario adquirido no fuese complejo.

Aduce que el folleto informativo se componía de dos partes. Una la del documento del registro emisor que advertía de los riesgos específicos de una decisión inversora. Con la simple lectura de los datos relativos a dicha información se advierte, como así concluyó el Juez "a quo", que la información que contiene se refiere a los riesgos genéricos de cualquier adquisición de acciones sin que contenga ninguna información específica de la situación real de la entidad emisora en dicho momento y las circunstancias de riesgo que la amenazaban y de las que era plenamente consciente. Y otro tanto puede argumentarse respecto a la nota que informaba sobre las acciones pues solo se refiere a factores de incertidumbre y no a realidades ya conocidas por la entidad financiera. Qué se advirtiese de que el pago de dividendos puede verse afectado en el futuro y que el pago efectivo de dividendos depende de los beneficios y condiciones financieras del banco en cada momento, sus necesidades de liquidez y otros factores relevantes no era más que una genérica obviedad de lo que puede suceder en cualquier caso de una inversión en adquisición de acciones dependiendo de los beneficios y otros factores que puedan afectar al emisor. Pero otra vez se echa en falta cualquier información relativa al estado real de la entidad financiera,

También se alega por la entidad recurrente error en la valoración de la prueba sobre la solvencia de la entidad bancaria pues, según sostiene, ésta ha acreditado la veracidad de los estados financieros incorporados al Folleto, que fueron auditados sin salvedades, por lo que la información suministrada por Banco Popular sí representaba la imagen fiel en la fecha de ampliación del capital. Ya en el encabezamiento del folleto informativo de manera destacada en minúsculas de gran tamaño se anunciaba que la ampliación tenía por objeto acelerar la normalización de la rentabilidad después de 2016. Con tal anuncio se estaban creando en los futuros suscriptores de la ampliación expectativas que no se correspondían con la delicada situación financiera que se reconoce en el recurso. En el resumen ejecutivo del folleto, también destacado en rojo y letras de gran tamaño, se expone con referencia a la ampliación de capital anunciada que, como resultado, el Banco pasará a tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital futura, lo que permitirá acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017. Como bien recoge la sentencia la

pagina 10 dice " *La operación reforzará el Negocio Principal de Popular, que está bien posicionado para afrontar los retos del entorno operativo actual* ". En incluso se realiza una comparativa con otras entidades financieras de la que resulta la colocación del Popular como el Banco Español con el negocio principal más rentable ofreciendo una imagen de solidez que se desprende de la información de la página 14, que se reseña en la resolución apelada, no solo a presente sino a futuro. 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:

- Esta transacción representa un hito hacia la normalización de nuestra rentabilidad después de 2016 y la generación de capital futura
- Proporcionará más visibilidad a nuestro Negocio Principal, a nuestra franquicia líder en PYMES y autónomos, su rentabilidad y eficiencia, y nos permitirá incrementar nuestros retornos
- También nos permitirá acelerar la reducción de activos improductivos, proporcionándonos una flexibilidad adicional en un momento en el que el ciclo económico empieza a ser favorable
- Como consecuencia, a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuamos reforzando nuestras ratios de capital

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. Pero no puede otorgársele la relevancia que manifiesta la entidad recurrente pues como antes hemos dicho en ninguna de las advertencias se expone la delicada situación financiera del banco. Además, esa nota contradice lo que en el recurso se denomina registro emisor sobre las optimistas expectativas bancarias que no se correspondían con su real situación. 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.

Los dos documentos no pueden desglosarse para atribuirles una naturaleza independiente como pretende la recurrente pues los dos aparecen vinculados y forman parte de la información facilitada a los inversores que como consta demostrado por su lectura no es un ejemplo de claridad, de transparencia ni de la real situación financiera que presentaba la entidad apelante. La notoriedad apreciada por el Juzgador *a quo* sobre la falta de veracidad de los estados financieros de la apelante se reconoce en el recurso cuando se dice que la delicada situación financiera por la que atravesaba era conocida por todos, pero no existe una prueba concluyente que lo fuese por los actores. Máxime cuando el banco había enmascarado su real situación con la auditoría de cuentas y con el hecho de que la CNMV, como se dice en el recurso, supervisase la operación. Precisamente dicho argumento presenta un notorio carácter contradictorio porque si la situación del banco era tan delicada como se expone no se entiende que la CNMV aceptase la emisión.

La sentencia de instancia viene a admitir que las acciones no son productos complejos, y que quien invierte en las mismas sabe que se trata de un producto de riesgo y volátil, no siendo por tanto la complejidad del producto el fundamento de la nulidad que establece, sino la forma en que se produjo la oferta de suscripción, transmitiendo a los pequeños inversores una imagen de solvencia de la entidad que no se correspondía con la realidad, según se fundamenta en la sentencia de instancia,

donde se indica que se transmitía una previsibilidad de rentabilidad futura de las acciones, que constituyó el principal reclamo de los inversores consumidores minoristas, y tal información no ajustada a la realidad que se transmitió al inversor, racionalmente indujo al mismo a formalizar la suscripción de acciones, bajo el error, esencial e invencible, y además excusable, no en la naturaleza del producto, sino en las expectativas que el mismo ofrecía, en las bases de su emisión, por lo que hubiera sido del todo irrelevante que la parte demandante se hubiera leído el folleto (de hecho, no consta que no lo hiciera) para que el error hubiera subsistido y, con él, el vicio de consentimiento acogido en la sentencia de instancia, en la que se enfatiza el hecho de que en tanto en el indicado folleto como en la publicidad que, a modo de reclamo, se hizo sobre las acciones, se transmitió una información financiera y contable de la entidad financiera que no se acomodaba a la realidad pues, en lugar de estar en presencia de una entidad puntera, plenamente saneada y con perspectivas de futuro de reforzamiento de su solvencia, se estaba en presencia de una entidad con graves dificultades económicas que desembocó en pocos meses en su declaración de inviabilidad por el Banco Central Europeo mediante comunicación a la Junta Única de Resolución (JUR) y, fundándose la sentencia en tales consideraciones para apreciar el error, como vicio de consentimiento que determina la nulidad del negocio, no se aprecia infracción de lo dispuesto en los artículos 1.266 y siguientes del Código Civil.

Por otro lado la sentencia de instancia, concluye con acierto que los datos sobre la situación de solvencia ofrecida en el folleto y la información suministrada al respecto, no se correspondía con la realidad, pues se hace eco de una serie secuenciada de hechos públicos y notorios, de los que la sentencia de instancia extrae la conclusión, que sirve de fundamento a la apreciación del error como vicio de consentimiento, de que la información suministrada sobre la solvencia de la entidad no se ajustaba a la realidad.

Por ello 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.

SEGUNDO. - Llegados a este punto, no puede obviarse que estamos en materia regida por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de dicha Ley en las que la figura del folleto es clave como mecanismo para la protección de los inversores, y en la que se regula la que se denomina responsabilidad del folleto.

Sobre la figura del folleto el antiguo art. 27 establece que: "1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan 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. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible" Y el actual art. 37 recoge una redacción similar, con un matiz intrascendente, pues recoge respecto al contenido del folleto en su apartado 1 que el folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que

vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Y que atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, 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. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

Y sobre la responsabilidad por el folleto el anterior art. 28 dispone que: "1. La responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.". Y más adelante: "3. De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante." El actual Art. 38 1. del Texto Refundido dice que la responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores. Reglamentariamente se establecerán las condiciones que rigen la responsabilidad de las personas mencionadas en este apartado. Y el apartado 3 3.: Que de acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante.

El Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, vigente en la fecha de esta operación, dedica el Título II al Folleto Informativo, y el capítulo IV a la Responsabilidad del Folleto, en sus artículos 32 y siguientes. Y en particular, su artículo 33.3 dispone que el emisor u oferente no podrá oponer frente al inversor de buena fe hechos que no consten expresamente en el folleto informativo, entendiéndose a estos efectos que los documentos referenciados como incorporados al mismo, añadiendo en su artículo 36 que están obligados a indemnizar a las personas que de buena fe hayan adquirido valores a los que se refiere el folleto por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con este Real Decreto, siempre que la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo o se haya difundido al mercado antes de que dichas personas hubiesen adquirido los valores. El art. 37 libera de responsabilidad a quien pruebe que en el momento en que el folleto fue publicado actuó con la debida diligencia para asegurarse de que la información contenida en el folleto era verdadera o que los datos relevantes cuya omisión causó la pérdida eran correctamente omitidos.

Las normas aludidas exigen que la información que permita a los inversores hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes a tales valores, debe presentarse de forma fácilmente analizable y comprensible, lo que como ya hemos expuesto no se produce en la información facilitada por la entidad financiera

La demandada defiende la corrección de la información financiera contenida en el folleto y, en particular, en la nota sobre las acciones, lo que no solo no justifica con suficiencia, como se ha

indicado, pues a tal efecto no basta que los mismos pudieran encontrarse auditados sin salvedades, sino que resulta imprescindible que la demandada acredite que la información suministrada permitía de forma fácilmente analizable y comprensible predecir que la evolución de la acción podría resultar tan negativa como resultó ser.

El hecho de que tal proceso público de salida a emisión y suscripción de nuevas acciones esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público, la CNMV, en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el folleto (que es de advertir confecciona el emisor y no audita ni controla dicha Comisión) sean veraces, correctos o reales. El mentado organismo supervisa que se aporte la documentación e información exigida para dicha oferta pública y que la misma sea entendible y comprensible, pero en modo alguno controla la veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, conforme al 92 de la Ley del Mercado de Valores y actual art. 238 que recogen de manera idéntica que La incorporación a los Registros de la CNMV de la información periódica y de los folletos informativos sólo implicará el reconocimiento de que aquellos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido y en ningún caso determinará responsabilidad de la CNMV por la falta de veracidad de la información en ellos contenida.

Por último, si la entidad apelante sostiene que los datos facilitados al tiempo de la ampliación de su capital eran correctos implícitamente viene admitir que no se facilitó información suficiente de la que el inversor pudiera calibrar una evolución negativa tan acusada con la rapidez con que se produjo, y ningún dato se ofrecía en el folleto que pudiera siquiera sugerir semejante evolución. es lógico inferir que en un plazo de menos de un año no sobreviene, ex novo, esta situación financiera, debiendo estar la misma presente en la entidad, de forma conocida o, al menos, susceptible de serlo con empleo de una diligencia normal, para evitar la publicidad de un folleto que no describía ni se correspondía con la situación financiera real de la Sociedad.

En definitiva, la información suministrada al inversor, al tiempo de contratar, en absoluto pudo ser completa, ni correcta, lo que viene a corroborar la conclusión de la sentencia de instancia, en cuanto a la concurrencia del error sobre el objeto del negocio, con las características de esencia, invencible y, además, excusable, pues por más que el inversor hubiera leído, y hasta analizado, la información facilitada, nunca hubiera podido conocer la debacle de su inversión, viciada en origen.

Que la situación financiera de la entidad era delicada desde hacía años se reconoce en el recurso (página 16) por la depreciación sufrida por su extensa cartera de activos inmobiliarios y la exigencia de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora. Si esa era la real situación mayores precauciones y deber de información era exigible a la entidad financiera. No puede escudarse para ser exonerada de responsabilidad en que dicha situación era conocida por todos. Desde luego el folleto informativo no expone la situación del banco con la claridad que se expone en el recurso (delicada situación). Sin que cubra su responsabilidad que el banco fue auditado por una entidad prestigiosa y que la CNMV supervisase el proceso de ampliación porque lo relevante es que los clientes inversores supiesen de la real situación de riesgo en que se encontraba el banco y que en un corto periodo de tiempo desde la fecha de la emisión de las acciones en el mes de mayo de 2016 se pasó a comunicar mediante nota de prensa en mayo de 2017 unas pérdidas en el primer trimestre de 2017 de 137 millones de euros y seguida comunicación a la CNMV de existir riesgo de quiebra y su necesidad inminente de fondos ante la fuga masiva de depósitos lo que determinó que la JUR acordase reducir el capital social a 0 euros con transmisión de sus acciones al banco de Santander. Es de razón inferir, como hace el Juzgador "a quo", que tan drástica reducción de sus recursos no puede identificarse con las advertencias de incertidumbre que se contenían en el folleto informativo pues la realidad del banco era de extrema debilidad sometida a un serio riesgo de insolvencia por lo que sin haberse producido ningún hecho excepcional el banco fue considerado a primeros de junio como una entidad financiera inviable.

En consecuencia, no apreciándose ninguno de los motivos de impugnación contenidos en el recurso de apelación, la sentencia objeto de este debe ser confirmada en todos sus términos.

TERCERO.- Al rechazarse las pretensiones de impugnación de la parte apelante le imponemos las costas de esta alzada por disponerlo así el art. 398. 1 de la L.E. Civil.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto a nombre de la entidad Banco Popular, S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid en fecha 18 de abril de 2018 , en el procedimiento a que se refiere este rollo, **debemos confirmar y confirmamos íntegramente** la aludida resolución con imposición a la entidad apelante de las costas de esta alzada.

La confirmación de la Sentencia de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que deberá darse el destino legal (D.D 15ª de la L.O.P.J) según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

MODO DE IMPUGNACIÓN : contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.