

**AUD. PROVINCIAL SECCION QUINTA  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00334/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000346 /2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO  
DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO  
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a tres de Octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 1.012/17, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **346/18**, entre partes, como apelante y demandada **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por el Procurador Don Salvador Suárez Saro y bajo la dirección de la Letrado Don Francisco de Asís Torres Torres, y como apelado y demandante **DON** , **en representación de su hija** , representado por la Procuradora Doña Florentina González Rubín y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha dos de mayo de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña Florentina González Rubín, en nombre y representación de , en representación de , contra Banco Popular Español S.A., debo declarar la nulidad del contrato de adquisición de 9.841 acciones hecho por el demandante el día 20 de julio de 2.016, condenando a la demandada a la restitución del importe invertido en la adquisición de las acciones con intereses legales desde la fecha de la suscripción.

Todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas."

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Banco Popular Español, S.A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** En el presente litigio Don [redacted], actuando en representación de su hija Doña [redacted], planteó demanda frente a Banco Popular Español, S.A. ejercitando acción de nulidad de contrato celebrado con dicha entidad el 20-6-16 de adquisición de acciones (9.841), por importe de 12.301,25 euros, interesando la condena a dicha demandada al reintegro de dicha cantidad con sus intereses legales desde dicha fecha, y con carácter subsidiario, y en ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, a que le indemnizase en dicha cuantía en cuanto a pérdida patrimonial sufrida, con los intereses legales.

Basó su pretensión en la existencia de error en el consentimiento respecto a los elementos esenciales del negocio, señalando que había confiado en la información suministrada por la entidad bancaria, siendo así que no resultaba ajustada a la realidad, existiendo así un incumplimiento de la obligación de facilitar aquélla de modo veraz.

En síntesis, la demandada, con independencia de invocar la carencia de virtualidad del ejercicio de la acción de nulidad dada la condición de la actora de accionista, objeción que fue rechazada en la sentencia de instancia con apoyo en la sentencia del TS de 3-2-2016, alegó que la propia naturaleza de las acciones como producto no complejo implica que no puede aludirse a error respecto a su adquisición al implicar un riesgo ínsito, que el folleto, aprobado por la CNMV, había advertido claramente de los riesgos, que se había actuado con transparencia con estricto cumplimiento del deber de información, y que el proceso ulterior de resolución del Banco, lo había sido por falta de liquidez sobrevenida, y en ningún modo por insolvencia.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda, declarando la nulidad del contrato. Se alza la demandada frente a ella señalando como motivos del recurso la falta de legitimación activa, al no ser el actor el titular de la relación cuestionada, caducidad de la acción de nulidad e inexistencia de información falseada, señalando que las cuentas de la ampliación de capital habían sido auditadas y supervisado por la CNMV, no existiendo falsedad contable alguna y que, en definitiva, fueron las circunstancias sucedidas con posterioridad las que provocaron la falta de liquidez, al haberse producido una fuga de capitales al haberse decidido su intervención por la JUR.

**SEGUNDO.-** En cuanto a los dos primeros motivos procede su rechazo, pues en relación al primero es obvio que quien comparece como demandante lo hace en virtud de poder otorgado por quien era titular de la relación controvertida, es decir, en su nombre, por su cuenta y en su interés; en cuando al segundo, por cuanto que sea cual fuere la interpretación que se dé a la expresión del art. 1.301 del CC respecto al cómputo de los cuatro años "desde la consumación del contrato", es claro que entre su celebración y la interposición de la demanda dicho plazo no había transcurrido.

Conforme al art. 30.bis de la Ley del Mercado de Valores, la oferta pública de venta o suscripción de valores 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.

El art. 27.1 de la Ley del Mercado de Valores prevé: «*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*».

El folleto que exige dicha normativa tiene por finalidad informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, y ello por ostentar la entidad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa de obtener beneficios, a fin de que sus destinatarios puedan tomar plena advertencia con consciencia asimismo de los riesgos que pueden afectar a su decisión, cuanto más considerando la calidad de la persona del inversor o adquirente y sus reales opciones a contrastar tal información.

La sentencia del TS de 9-6-2017 afirma que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal y no

son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24-10-2017 declaró lo siguiente: "Sobre la obligación de las empresas que prestan servicios de inversión de informar a sus clientes acerca de la naturaleza y características de los productos contratados y sus riesgos asociados, y de las consecuencias que pudiera acarrear la infracción de esta obligación declara la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015 que "La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, tanto la anterior a la transposición de la Directiva MiFID como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, si bien la que transpone la citada directiva lo hace de un modo más sistematizado y exigente, tanto en la recogida de información sobre el cliente, sus conocimientos y necesidades de inversión, como en el suministro de información por parte de la empresa de inversión al cliente para que comprenda la naturaleza, las características y los riesgos de los distintos productos y servicios de inversión, y decida si contrata y, en su caso, qué productos o servicios contrata, con un consentimiento suficientemente informado.".

Ciertamente, como ha afirmado la recurrente, la acción no es un producto de inversión complejo (como señala el art. 79 bis de la LMV), de modo que en principio no se requiere una información que se impone para productos complejos. Sin embargo, como señala entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 29 de diciembre de 2.014, "La normativa del mercado de valores se estructura, como pilar básico, sobre el principio de protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y transcendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos.".

Por su parte, la sentencia del TS de 3 de febrero de 2.016 afirma que "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 arts. 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."

En consecuencia, lo relevante es que en cualquier caso la entidad emisora ha de proporcionar, y no puede eximirse de hacerlo, información clara, real y comprensible sobre su situación económica, futura rentabilidad, etc., todo ello por cuanto, como se dijo, ha de resultar determinante a los efectos de la formación de la voluntad negocial del potencial inversor.

El artículo 16.1 del Real Decreto 1310/2005, establece que "De conformidad con lo dispuesto en el art. 27.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el folleto incluirá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores cuenten con datos suficientes para poder hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará en forma fácilmente analizable y comprensible."

**TERCERO.-** Sentado lo que antecede, lo relevante a los efectos pretendidos por el demandante es si, como afirma, la información que fue plasmada por el Banco Popular en relación con su decisión de ampliación de capital resultaba real, dando una imagen fiel y exacta de su situación financiera, perspectivas de futuro, así como demás circunstancias relevantes, de cuyo conjunto su destinatario pudiese hacerse una adecuada composición de lugar a los efectos de su ulterior declaración de voluntad negocial.

Contradiendo el resultado de la pericial del demandante, emitida por el profesor Prosper Lamothe, de la que se infiere según su criterio que la información ofrecida era sesgada, omitiendo la parte inmobiliaria, con manipulación de los ratios de rentabilidad, y teniendo en cuenta la ratio de morosidad, todo lo cuál fue plasmado por el Sr. Juez en la sentencia que se apela, la recurrente se apoya en la pericial aportada por su parte, que señala ausencia de rigor en aquél dictamen ante la falta de examen de los datos contables, circunstancia que, como señaló el Sr. Juez de instancia, resulta predicable asimismo de la pericial de la demandada, insistiendo en que el problema fue de falta de liquidez, lo que así había señalado el Banco Central Europeo al defender su intervención.

Tampoco cabe desconocer que en la información precontractual se hizo alusión a los riesgos, lo que se reitera en el resumen de nota de las acciones, indicando 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, así el crecimiento económico más débil, preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, entre otras. Señala a continuación que este 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."*

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

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

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

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

A este respecto, y como se señala en la sentencia de 4-6-2018 de la Audiencia Provincial de Valladolid, *"Es significativo que mientras en el primer trimestre de 2016 las ganancias eran de más de 93,6 millones, a 30 de junio de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 35 millones de Euros, a 31 de diciembre de 2.016 tenía pérdidas de algo más de 3.485 millones de euros y a 30 de junio de 2.017 de algo más de*

12.218 millones de euros. Aun cuando se partiera de la hipótesis que los problemas fueron de liquidez por la enorme retirada de fondos del mes de junio de 2.017, ello no explicarían totalmente que en un año, de junio de 2.016 a junio de 2.017, afloraran pérdidas por valor de más de 12.183 millones de euros (12.218 menos 35 millones), un incremento de más del 34.800 %, y lo que en ningún caso tendría explicación por una retirada de fondos del mes de junio de 2.017 es que a 30 de junio de 2.016 las pérdidas fueran de algo más de 35 millones de euros y a 31 de diciembre de 2.016 esas pérdidas fueran de 3.485 millones de euros, lo que supone un incremento de 9.857 % en las pérdidas. Ello pone de manifiesto que no había sólo un problema de liquidez sino realmente de solvencia, pues de haber existido un problema únicamente de liquidez se habrían admitido por los organismos europeos las garantías que ofrecía para obtener esa liquidez, lo que no hicieron.".

Ello implicó a la postre la pérdida total del valor de las acciones, su traspaso al Banco de Santander por un euro, que hubo de realizar por su parte una ampliación de capital por valor de 7.000 millones de euros, vendiendo a la baja parte importante de los activos inmobiliarios heredados del Banco Popular, lo que conllevaba acaso una sobrevaloración en su momento.

Estas circunstancias determinaron que el Sr. Juez de instancia finalmente se inclinase por otorgar mayor peso a la pericial del Sr. Lamothe, concluyendo que no resultaba lógico ni explicable que de ser reales las cuentas presentadas, se pudiere en tan escaso margen de tiempo producir la debacle bancaria, sino que ello debía de obedecer a un deterioro progresivo que venía arrastrando de anualidades anteriores.

Por otro lado, el Banco Popular había adquirido años atrás el Banco Pastor, entidad que arrastraba un importante paquete de activos tóxicos inmobiliarios. Y que sin perjuicio del aumento de la morosidad que debía ser paliada, resultaban sobrevalorados como acaba de indicarse.

En este sentido, en el informe del Sr. Lamothe se señala que en 2.011, y en momento de burbuja inmobiliaria, Banco Popular adoptó una decisión que en el devenir le resultaría sumamente negativa, siendo ello la adquisición del Banco Pastor, entidad bancaria tremendamente expuesta al "ladrillo" y que tenía más de 9.300 millones en activos inmobiliarios dentro de un balance de 29.000 millones, siendo así que Banco Popular optó luego por no aportar activos al Sareb, acaso para esquivar el estigma de banco apuntalado por el contribuyente, impulsando una serie de ampliaciones de capital en 2.012, 2.014 y 2.016, captando 5.400 millones de euros sobre unos fondos iniciales de 8.000 millones.

Por tanto, ha de compartirse con el Sr. Juez de instancia que la situación real financiera del Banco Popular que desembocó en su intervención venía orquestándose con bastante antelación y no se debió a circunstancias sobrevenidas que determinaron una situación de iliquidez, como se ha alegado, de manera que con independencia de la advertencia en el folleto sobre los riesgos a la que se ha hecho referencia en

líneas precedentes, lo relevante es si se plasmaba una situación patrimonial ajustada a la realidad por parte de la entidad emisora, teniendo en cuenta además las esperanzas de una evolución positiva que se hacían ver por dicha entidad, y a lo que igualmente se hizo referencia anteriormente.

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

Respecto al error como vicio de consentimiento en relación con el deber de información de las entidades de servicios de inversión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24-10-2017, antes mencionada, cita de la del TS de 2-2-2017, que a su vez cita otras varias de dicho Alto Tribunal, viniendo a declarar entre otras cuestiones lo que sigue: *"En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza."*

Más adelante apunta: *"En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta Sala*



en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero, entre otras.".

"La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.".

Finalmente declara que "El deber de información no debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran que «[c]omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)".

Concluyendo, en el supuesto que nos ocupa ha existido por parte de quien reclama 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, o por más decir de esperanza de una positiva rentabilidad futura que como se ha visto no sólo no aconteció, sino que le produjo una pérdida total de su inversión.

Por todo ello, esta Sala ratifica y da por reproducida al fundamentación esgrimida en la resolución recurrida.

**QUINTO.-** En orden a las costas de esta alzada, habida cuenta del rechazo del recurso, procede su imposición a la parte que la ha instado (art. 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

#### **FALLO**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia dictada en fecha dos de mayo de dos mil dieciocho por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.