

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN  
TERCERA**  
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN  
SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016664  
Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/026059  
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0026059

**Recurso apelación procedimiento ordinario  
LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 214/2018**

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de Primera  
Instancia nº1 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 1 zk.ko  
Epaitegia  
Autos de Procedimiento ordinario 839/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: T

A.

Procurador/a/ Prokuradorea: PEDRO CARNICERO SANTIAGO

Abogado/a / Abokatua: JOSU LARRAURI ELORTEGUI

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO SANTANDER

Procurador/a / Prokuradorea: RAFAEL EGUIDAZU BUERBA

Abogado/a/ Abokatua: FRANCISCO DE ASIS TORRES  
TORRES

**S E N T E N C I A N.º 520/2018**

**ILTMAS. SRAS.**

D.ª MARIA CONCEPCIÓN MARCO CACHO

D.ª ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

D.ª CARMEN KELLER ECHEVARRÍA

En BILBAO (BIZKAIA), a diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos en grado de apelación ante la Sala Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de procedimiento ordinario nº 839/17 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao y seguido entre partes: como apelante:

S.A. representa

Santiago y dirigida por el Letrado D. Josu Larrauri Elortegui; y como parte apelada: BANCO SANTANDER S.A. (antes Banco Popular Español S.A.) representado por el

Procurador D. Rafael Eguidazu Buerba y dirigido por el Letrado D. Francisco de Asis Torres.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada, en cuanto se relacionan con la misma.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 7 de marzo de 2018 es del tenor literal siguiente: "FALLO: DESESTIMAR la demanda formulada por el Procurador D. Pedro Carnicero Santiago, en nombre y representación de S.A. contra as costas."

**SEGUNDO.-** Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de ASSOCIATION S.A., se interpone en apelación. Re de Apelación, y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 214/18 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 8 de junio de 2018 se señaló el día 11 de julio de 2018 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

**CUARTO.-** Con fecha 8 de octubre de 2018 se presentó escrito por el Procurador Sr. Eguidazu Buerba, en nombre y representación de Banco Santander S.A., solicitando ocupe éste la posición procesal de parte apelada que ocupaba Banco Popular Español S.A. en el presente procedimiento, suspendiéndose las actuaciones y dándose traslado a la contraparte para alegaciones sin que ésta haya evacuado dicho trámite y accediendo a lo solicitado por el Procurador Sr. Eguidazu Buerba en virtud de Decreto dictado por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sección con fecha 7 de noviembre de 2018.

**QUINTO.-** Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ**.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Insta la representación de (en a de la c li d de revocación de la resolución recurrida y en su lugar se dicte otra por esta Sala estimando en su integridad la demanda en su día interpuestas.

La citada parte apelante interpuso en su día demanda frente al Banco Popular en cuyo relato de hechos expresaba que la demandante concurrió a la ampliación de Capital emitida mediante previo acuerdo de la Junta de Accionistas del Banco Popular, Comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (oferta pública de emisión de nuevas acciones cotizadas año 2.016). Explicaba desde el devenir económico y situación final del Banco Popular, y desde dicho devenir, fundado en el desajuste económico, sucintamente expuesto, de la realidad económica del Banco Popular, ejercitaba con carácter principal la nulidad de las órdenes de suscripción de 20 de junio de 2.016 y de 10 de junio de 2.016 (nulidad) y ello fundado en la apariencia de una solvencia o solidez ocultando una realidad financiera, y subsidiariamente acción de resolución de suscripción de las mencionadas acciones y por ende la devolución de la cantidad en las citadas ordenes de 128.241,73 €.

La sentencia de la instancia desestima la demanda interpuesta, señalando en síntesis que no se ha acreditado que los datos explicitados en el folleto informativo como inexactos.

Frente a dicha resolución se alza la parte apelante significando en esencia la errónea valoración de la prueba al señalar y desde la practicada aquellos elementos que a su consideración llevaban a la existencia de manipulaciones en las cuentas y solvencia en punto a la información facilitada, y significadamente estimaba acreditada los hechos de la demanda.

La parte apelada instaba la confirmación de la resolución recurrida al estimar y desde los argumentos que desplegaba a lo largo de su escrito de oposición al recurso la misma ajustada a derecho.

**SEGUNDO.-** En el presente litigio por tanto, y reiterado en la alzada la Entidad Poessa ejercitó la acción de nulidad de contrato celebrado con la Entidad Banco Popular las órdenes de adquisición de acciones de fecha 20 de junio y 10 de junio de 2016 por importe total de 128.241,73 € 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 resolución contractual, a que le indemnizase en dicha cuantía en cuanto a pérdida patrimonial sufrida, con los intereses legales.

En primer lugar hemos de señalar que la sentencia recurrida señala como hechos notorios conocidos que:

1. En el 2016 Banco Popular tuvo problemas de capitalización, 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.

2. 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.

3. El folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones fue depositado en la CNMV.

4. 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. Añade el folleto que "Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos". Así mismo aludía al entorno macroeconómico y sectorial y expresamente se refería a su inestabilidad y a una incertidumbre creciente y a nivel de España consideraba una ralentización de la economía. Exponía las ventas que a otras entidades se había realizado del negocio y concretaba ( folio 9 y siguientes) 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... Por último en el folleto se aludía al riesgo regulatorio y concretamente al MUR (riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa que es lo que ha ocurrido).

5. Entre el 28 de mayo y el 11 de junio de 2016 se hizo la oferta pública para acudir a la misma y que tuvo gran demanda (según diversos medios de comunicación hay una demanda de más del 35 % de lo ofrecido).

6. Suscritas las acciones comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2016, y a negociarse el día siguiente.

7. Tras la ampliación capital y a pesar de ella se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación que dan noticias poco atractivas como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias... todo lo cual conduce a una crisis de liquidez.

8. En febrero de 2017 se publican los resultados del Banco Popular del ejercicio anterior reconociendo pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros, (informe anual que el banco cuelga en su página web).

9. 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.

10. 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".

11. 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) n° 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 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 supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

12. El FROB, el mismo día 7 de junio, 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 por un (1) euro.

13. La Decisión SRB/ees/2017708 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, ... De la referida valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de dos mil millones de euros negativos (2000) y en el más estresado de ocho mil doscientos (8.200) millones de euros negativos.

La valoración...ha informado la decisión de la JUR sobre la adopción del instrumento de venta del negocio ...".

14. En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Enke König, presidenta de la Junta Única de Resolución que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander. Algunos medios de comunicación refieren que el informe contiene una valoración en tres escenarios. En el más perjudicial el valor de la entidad sería de -8.200 millones de €, en el intermedio -2.000 millones de euros, y en el

más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

15. La comisión de investigación del Congreso de los Diputados pidió el informe a la Unión Europea, pero no se facilitó por lo que se recurrió tal negativa de la JUR a facilitar el informe quien en fechas recientes ha indicado que lo hará público a los interesados.

16. Mientras en septiembre el Banco Santander ha hecho una oferta a los antiguos accionistas de lo que se ha venido en llamar "bonos de fidelización", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, que se denominan "obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal". Si bien se solicita que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander.

17. El 30 de octubre de 2017 un acreedor del Banco Popular solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid la declaración de concurso necesario de tal entidad, que se admitió a trámite y fue rechazada el 13 de noviembre.

18. El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por la ampliación de capital del Banco Popular en 2016. Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida.

19. El 2 de febrero de 2018 la Junta de Resolución Única ha revelado varios documentos relacionados con la resolución del Banco Popular, si bien no aparecen ( censuran ) los datos que permitan aclarar por qué inicialmente el BCE consideraba solvente a la entidad. Tampoco se esclarece el motivo por el cual no se pudo acoger a la **provisión de liquidez de emergencia**.

**TERCERO.-** La cuestión ante la que nos encontramos resulta ser sin duda, y ello es relevante, no es el riesgo intrínseco de una acción, es evidente que nos encontramos ante acciones del Banco Popular, acciones que como producto financiero no se define como complejo, por tanto la cuestión se reconduce a determinar si la percepción de la empresa en su solvencia y que decide la adquisición sobre un información consignada básicamente en el folleto

informativo.

La sentencia recurrida cuestiona, y con los datos que se han transcrito obtenidos de hechos notorios que se han reflejado, pueden determinarse las inexactitudes que en la demanda se proclaman y por ende de lo inveraz de las cuentas que se proclamaban como ocultadoras de la realidad financiera de la entidad demandada recreando una realidad optimista, o por el contrario si la situación al tratarse de un producto no complejo lo que ha ocurrido es el riesgo propio de las acciones y de ello de los inversores por demás de la entidad actora que cuenta con acciones de varias entidades que cotizan en el IBEX.

Conviene reiterar y matizar que la acción de nulidad absoluta se sustenta en la existencia de vicio de consentimiento, cuyo objeto lo constituyen las sucesivas compras de acciones llevadas a cabo por el actor, en el ámbito de la Oferta Pública de Suscripción, que siguió al acuerdo de ampliación de capital adoptado por el Banco demandado en abril de 2016, y ello porque a diferencia de las obligaciones subordinadas, las acciones no se tratan de productos complejos, no siendo por ello aplicable a su compra la doctrina sobre el error que en relación a los mismos tiene establecida el TS con reiteración. Se invoca, por tanto, que la información facilitada en el folleto de oferta pública de suscripción, no fue veraz en el sentido de haber sido manipulados los ratios y los datos contables, lo que propició que la compra de acciones se llevara a cabo por error, confiando el actor en la imagen de solvencia de la entidad proyectada en tal información, que luego se evidenció no se correspondía con la real.

Sobre esta cuestión se han pronunciado diversas resoluciones así entre otras la SAP, ASTURIAS Civil sección 5 del 03 de octubre de 2018 ".....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 trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos."

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 Luis Angel, 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. Luis Angel, concluyendo que no resultaba lógico ni explicable que de ser reales las cuentas presentadas, se pudiese 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. Luis Angel 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.....".

Hasta aquí la referencia de la resolución transcrita.

Debemos señalar que se ha transcrito la precedente sentencia en tanto que analiza cuestiones que obviamente son predicables del presente procedimiento y que se determinan sobre las características concretas del procedimiento que resuelve siendo obviamente extrapolables los datos que con carácter general se determinan.

**CUARTO.**- Descendiendo al caso que nos ocupa, debemos insistir en que la cuestión que en el presente procedimiento nos incumbe resolver y conforme a los datos que resultan del presente procedimiento.

Ciertamente en el presente procedimiento Sr. \_\_\_\_\_ qui de la \_\_\_\_\_ n quien incide en que no creía que la actora tuviera acciones de otras entidades, incide en existencia de productos tales como seguros de cambio (no swps) créditos documentarios, señalando que básicamente les asesoraba sobre productos que convenía. Se partió de una oferta del Banco. El Sr. \_\_\_\_\_ hace igualmente incidencia en la financiación a este hecho, y a ello no resulta exorbitado unir la existencia de incentivos a concurrir a esta ampliación.

El representante de la empresa actora señaló que la entidad tenía u \_\_\_\_\_ od s, de préstamos, de derivados productos de cambio, juego a la americana tipo fijo créditos documentarios.

Con este perfil debe señalarse que de los datos que se han transcrito previamente y en información que resulta obtenida como decimos como hechos notorios, esta Sala



entiende que es cierto que el folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones, depositado en la CNMV advierte de incertidumbres como el impacto derivado de las cláusulas suelo, crecimiento económico mas débil, inestabilidad dudosa del mercado inmobiliario, (Recuerdese absorción del Banco Pastor impacto inmobiliario), entorno macroeconómico, ralentización de la economía, explicitando en dicho folleto, igualmente, como 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, esta Sala no puede hacer abstracción de que dicha entidad pese a tales riesgos aludía, en su propaganda informativa (dto 2 de la demanda) al Banco Popular como histórico referente en el sector estableciendo alianzas en referencia Targo Bank líder en el sector bancario francés, a un modelo de negocio especializado, a Varde firma especializada en inversión alternativa, reseñando una serie de bancos incidentes del Banco Matriz Banco Popular, señalaba como negocio principal CORE franquicia líder en PYMES, Rentabilidad sólida y sostenible, eficacia en gestión de costes, Negocio Inmobiliario positiva evolución de bienes inmuebles, reducción de activos financieros, y finalmente Ambiciosos objetivos marcados. Se publicita como un Banco con ratios de rentabilidad sobresalientes y por encima de otros bancos, como líder en segmentos clave PYME y autónomos, financiación al consumo créditos revolving, incidiendo en la alta rentabilidad en términos consumer finance adquisición Barclayscard España y Portugal, no olvidando la gestión de riesgo inmobiliario, al que no obstante incide en un cambio de tendencia de activos improductivos, y digamos aceleración inmobiliaria, incidiendo como nota "las cifras avalan nuestra estrategia" a un hito hacia la normalización de la rentabilidad después de 2.016 y la generación de capital futuro, 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".

Esta consideración de objetivos, en el folleto informativo único que se reconoce entregado a la actora no se significa ningún especial augurio negativo, sino todo lo contrario de optimismo esperanzador, cuando como se percibe desde los hechos notorios que tras la ampliación de capital, ya se suscitan dudas sobre la solvencia, que pese a significarse que de producirse merma del valor de los activos inmobiliarios ocasionaría pérdidas de 2.000 millones para el ejercicio de 2.016 que quedarían cubiertas por el aumento de capital así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno de mayor solidez. Sin embargo, ya en febrero de 2.017 se reconocen unas pérdidas cercanas a los 3.500 millones de euros este aspecto incide en que el momento en que se emiten las acciones que representan la ampliación resulta ser mas que una presunción para la Sala que las cuentas auditadas no se acomodan a la realidad financiera de del Banco Popular por Price Waterhouse Cooper. Como expresamos que ya en febrero 2.017 los datos del ejercicio anterior, y al respecto se reconocen unas pérdidas que alcanzan 3.400 millones de euros, y aunque era riesgo representado en el folleto presentado ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuya conjura se solventaba con la ampliación y suspensión dividendo se refleja suficientemente en la información determinada a la demandante en tanto que básicamente se significan la propuestas mas esperanzadoras, y en los términos que hemos señalado. Igualmente se ha recogido en los hechos notorios y consta la comunicación del 3 de Abril de 2.017 a la CNMV la necesidad de determinados aprovisionamientos, significándose igualmente el 11 de Mayo de 2.017 comunica a la CNMV en que se niega "la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de capitales. Finalmente el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Unica de Resolución (JUR) el 6 de Junio de 2.017 escasamente un año después de la emisión de la ampliación y escasamente un mes antes de su resolución asegurando que no hay retirada masiva de depósitos, comunica la inviabilidad de la entidad. Por tanto, si el Banco tenía una presencia de solvencia no habría tenido que ser resuelto por la JUR. En este punto la Sentencia alude a una realidad más compleja que el dato objetivo de la resolución del Banco Popular por la JUR aludiendo a un dato como es la incidencia de fuga de capitales lo que en cierto sentido fue "negado" cuando además la propia Sentencia recurrida alude a problemas de liquidez.

Debemos abundar en lo anterior, y desde la perspectiva de la determinación de que el Banco Popular ha

determinado una información incompleta, respecto a su situación financiera que como proclama pretende cubrir con la ampliación de capital y retornar a la senda de la normalización, resulta finalmente que pese a la citada ampliación escasos meses después se proclaman unas pérdidas de mas de casi 3.500 millones de euros, del ejercicio anterior (2-016) lo que en dicha precisión si las cuentas auditadas por Price watherhouse (PwC) incidían en como hecho significativo determinado en los hechos probados y notorios de la sentencia recurrida indicó un patrimonio de 12.423 millones de euros Banco Popular puede significarse como otro dato mas que indiciario, de que la situación patrimonial del Banco Popular no era exactamente la que en definitiva en tal consideración se proclamaba.

Todo lo que antecede entendemos que existe suficiente discrepancia entra la bondad de la situación financiera, explicitada del Banco Popular, y la realidad que ha venido objetivándose, y ello se desprende sin especial forzamiento como insistimos desde los datos declarados probados en la sentencia de la instancia; insistiendo en que pese a los augurios que reflejaba el folleto determinado ante la CNMV a la ampliación de capital, ello se refleja sin duda sobre una base de más pésimos augurios, que como hemos expresado desde el único folleto que consta entregado a la actora se desprende una realidad positivista distando que con dicha ampliación se justifica la entrada en la normalización de la rentabilidad sobre unas bases que se proclaman posibilistas pero que la realidad demostró en su inexacta situación patrimonial.

Lo que antecede y por lo que se ha expresado en relación a la nulidad por error en función de la mencionada inexactitud procede dar lugar a la demanda interpuesta.

Estimandose el recurso de apelación no procede hacer expreso pronunciamiento en costas a la parte apelante, y por lo que hace a las costas de la instancia procede su imposición a la parte demandada.

**QUINTO.-** La disposición adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad

Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

### **FALLO**

**ESTIMAMOS** EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE ASSOCIATION S.A. Y ONTK A S CIA PC JUZGADO DE INSTANCIA N° 1 DE LOS DE BILBAO Y DE QUE ESTE ROLLO DIMANA Y **REVOCANDO** DICHA RESOLUCIÓN CONDENAMOS AL BANCO POPULAR (SUCESOR BANCO SANTANDER) DECLARANDO LA NULIDAD DE LAS ORDENES DE SUSCRIPCIÓN DE 20 DE JUNIO DE 2.016 Y 10 DE JUNIO DE 2.016 OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO Y A QUE UNA VEZ FIRME LA PRESENTE RESOLUCIÓN ABONE A LA DEMANDANTE HOY APELANTE LA CANTIDAD RECLAMADA NOMINAL 128.241,73 € INTERES LEGAL DESDE LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DE LAS MISMAS ASÍ COMO EL INTERES LEGAL ELEVADO EN DOS PUNTOS DESDE LA PRESENTE RESOLUCIÓN HASTA SU COMPLETA SATISFACCIÓN. TODO ELLO CON IMPOSICIÓN DE COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA A LA PARTE DEMANDADA Y SIN EXPRESO PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS DE ESTA ALZADA.

Devuélvase a THE PAPER OFFICE EQUIPMENT SPAIN ASSOCIATION S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TS, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con

el número 4703 0000 00 0214 18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Iltmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Iltma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.