

Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Móstoles

C/ Luís Jiménez de Asúa, s/n , Planta 4 - 28931

Tfno: 916647242

Fax: 916140885

42020310

NIG: 28.092.00.2-2019/0001905

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 233/2019

Materia: Otros asuntos de parte general

SECCION 5

Demandante: [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

Demandado: BANCO SANTANDER S.A

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA N° 209/2019

En Móstoles, a 27 de septiembre de 2.019. Dña. Ana Mercedes Merino Melara, Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1; habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario nº 233/2.019-5, sobre acción principal de nulidad contractual por error invalidante en el consentimiento seguidos a instancia de la entidad [REDACTED] representada por la Procuradora Sra. De Zulueta Luchsinger y bajo la dirección letrada de la Sra. Lázaro Blázquez contra la entidad Banco Santander S.A representada por el Procurador Sr. Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de la Sra. Sánchez Nieto.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales, Sra. De Zulueta Luchsinger en la representación dicha, presentó con fecha 5 de febrero de 2.019 demanda de juicio ordinario ejercitando acción principal de nulidad y subsidiarias conforme al art. 124 de la Ley de Mercado de Valores e indemnizatoria de conformidad con el art. 1.101 del c.c.

Por Decreto de fecha 1 de marzo de 2.019 se admitió a trámite acordando emplazar a la entidad demandada para que en término legal, compareciese y la contestase.

Por escrito de fecha 7 de mayo de 2.019 el Procurador Sr. Codes Feijoo en la representación acreditada en autos presentó escrito de contestación a la demanda.

El día 24 de septiembre de 2.019 tuvo lugar la audiencia previa convocada y tras admitirse únicamente prueba documental se declararon las actuaciones concluidas para sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.

Ejercita la parte actora acción principal de nulidad por vicio en el consentimiento de la orden de suscripción de acciones de fecha 18 de diciembre de 2.013, consistente en 7.734 títulos por valor de 31.554,72 euros.

La parte demandante compró unas acciones que la entidad estaba interesada en colocar, sin advertir de que la información financiera contenida en el folleto de emisión y, asimismo, las propias cuentas anuales e información financiera de dicho banco, remitida a los organismos oficiales no se correspondía con la realidad.

La información contenida en las cuentas anuales de BP correspondiente a los ejercicios 2.012 y siguientes, así como la información contenida en los folletos informativos correspondientes a las ampliaciones de capital llevadas a cabo en dichos ejercicios no era cierta y no reflejaba en ningún caso la imagen fiel de dicho banco, de su verdadera situación financiera. Nada de lo sucedido se debe al comportamiento del mercado. La nefasta consecuencia de la pérdida total de la inversión está ocasionada por la ocultación reiterada y continuada de los verdaderos pasivos de este Banco y de las pérdidas que antes incluso del ejercicio 2.012 se han venido produciendo, que fueron ocultadas.

Con carácter subsidiario se ejercita la acción indemnizatoria al amparo del art. 124 Ley de Mercado de Valores y 1.101 del c.c.

La información contenida en las cuentas anuales de BP correspondiente a los ejercicios 2.012 y siguientes, así como la información contenida en los folletos informativos correspondientes a las ampliaciones de capital llevadas a cabo en dichos ejercicios no era cierta y no reflejaba en ningún caso la imagen fiel de dicho Banco, de su verdadera situación financiera.

Existe una relación de causa-efecto entre los incumplimientos cometidos por BP y la pérdida de la totalidad de la inversión.

La parte demandada presenta escrito de contestación a la demanda, que niega la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada, pues las acciones de 2.013 se adquirieron en el mercado secundario y a través de entidad distinta del Banco Popular.

La parte actora carece de la condición de consumidor. Respecto al fondo del asunto, la parte demandada considera que las acciones que se ejercitan pretenden desplazar al Banco el riesgo de la inversión de la parte demandante, pues la cotización de la acción del Banco Popular no fue descendiendo hasta el año 2.016, sin embargo como consecuencia de unos hechos posteriores extraordinarios (drástica retirada de depósitos), cuatro años después de la suscripción las autoridades europeas acordaron la resolución del Banco, que es la causa de la pérdida que reclama el actor.

Los folletos informativos tanto de la ampliación de 2.012 como el de 2.016 advirtieron de los concretos riesgos asociados a la emisión. Ambas ampliaciones de capital fueron acompañadas de un plan estratégico que trataba de abordar las significativas dificultades que atravesaba la entidad. BP actuó en todo momento con transparencia, comunicando a sus accionistas y el resto del mercado la información que se iba generando. Esta información fue objeto de constante cobertura por los medios. A pesar de ello, el demandante que pudo

vender sus acciones no lo hizo, asumiendo lógicamente el riesgo asociado al descenso de la cotización, que se iba produciendo.

Circunstancias de muy diversa naturaleza provocaron que BP sufriera un grave daño reputacional y una retirada máxima de fondos, la acción se situó como la peor del IBEX 35 por capitalización.

La acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento no resulta idónea como remedio para anular un contrato de suscripción de acciones.

El banco proporcionó la información necesaria a la parte actora sobre los riesgos de la inversión, en relación con la inversión de acciones de 2.012 con el resumen explicativo de condiciones de la emisión, la orden de compra de derechos y suscripción de títulos y los correspondientes folletos informativos.

La acción indemnizatoria se refiere a un incumplimiento anterior a la celebración del contrato.

No existe relación de causalidad, pues las circunstancias de múltiple naturaleza que propiciaron el descenso del precio de la acción, nada tienen que ver con la información contenida en el folleto de ampliación de capital de 2.016, ni con la aprobación de las cuentas del ejercicio 2.016.

SEGUNDO.

Por lo que se refiere a la falta de legitimación pasiva –cuestión apreciable de oficio- respecto a las acciones adquiridas en el mercado secundario cabe estar a lo resuelto por el T.S en ST 371/2.019, de 27 de junio (Sala de lo Civil reunida en Pleno), que acaba con la Jurisprudencia contradictoria existente sobre dicha cuestión, y señala: “ La compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de éste se transmitan al comprador a cambio del pago por éste de un precio.

Respecto de la relación jurídica nacida de un contrato de compraventa, frente al ejercicio por el comprador de la acción de anulabilidad por haber prestado su consentimiento viciado por error, la legitimación pasiva no le corresponde más que el vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno.

Bankia solo estaría legitimada pasivamente si se hubiera ejercitado una acción de indemnización por daños y perjuicios por defectuoso asesoramiento o por inexactitud de folleto”.

En base a lo expuesto procede declarar la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada en el presente procedimiento para soportar la acción anulabilidad por vicio del consentimiento, respecto a la adquisición de fecha 18 de diciembre de 2.013.

TERCERO.

Los inversores en Banco Popular Español adquirieron los títulos de dicha compañía mediante dos tipos de operaciones o de negocios jurídicos:

- 1.- Mediante la suscripción de acciones en una oferta pública de adquisición, es decir, en una ampliación de capital.
- 2.- Mediante la adquisición de acciones, una vez emitidas, al precio de cotización en el mercado secundario.

Las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores se aplican a todos los instrumentos financieros cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en territorio nacional.

Ninguna incidencia tiene sobre la responsabilidad reclamada el hecho de que la entidad actora sea una sociedad; la parte demandada no ha probado que sea un bróker ni un especulador, ni que se dedique profesionalmente a invertir en los mercados o que no tuviera un perfil conservador.

Todo inversor que adquiere acciones de una entidad cotizada tiene derecho a que dicha entidad, en este caso, Banco Popular Español, publique y comunique tanto a los organismos oficiales, al mercado y, asimismo, a sus propios accionistas, una determinada información sobre su situación financiera.

Es la Ley del Mercado de Valores la que dispone en los artículos 118 y 119 una serie de obligaciones de información periódica a las compañías emisoras de valores, que estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

Estas obligaciones se contienen en el Capítulo VII de la Ley denominado "Obligaciones de información periódica de los emisores".

Entre dichas obligaciones están las siguientes:

Someter sus cuentas anuales a auditoria de cuentas, así como hacer público y difundir su informe financiero anual y el informe de auditoria de las cuentas anuales, manteniéndolos a disposición del público (artículo 118 LMV).

Hacer público un informe financiero semestral, relativo a los seis primeros meses del ejercicio, manteniéndolo también a disposición del público (artículo 119 LMV).

A las entidades emisoras que no publiquen informes financieros trimestrales, se les obliga a hacer público y difundir, con carácter trimestral, durante el primero y segundo trimestre un informe intermedio de gestión que comprende la explicación de los hechos y operaciones significativos y su incidencia en la situación financiera, así como una descripción general de la situación financiera y de los resultados del emisor y sus empresas controladas (artículo 120 LMV).

Y dichas cuentas e informes deben contener las correspondientes declaraciones de responsabilidad sobre su contenido.

La responsabilidad por la elaboración y publicación de dicha información recae sobre el emisor y sus administradores, estableciéndose, literalmente, en

el apartado 2 del artículo 124 de la LMV, que:

“De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, el emisor y sus administradores, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor”.

Respecto a la acción indemnizatoria ejercitada (en relación a las acciones adquiridas en diciembre de 2.013), debe tenerse en cuenta que siguiendo los más recientes pronunciamientos del T.S se ha de distinguir entre la acción resolutoria y la indemnizatoria, la primera no concurre por la sencilla razón de que la primera se ha de basar en el incumplimiento de los deberes surgidos en el contrato y no de los anteriores y en la indemnizatoria por incumplimiento de deberes precontractuales no hay más límite que la concurrencia de los presupuestos que se exigen a toda responsabilidad civil.

La ST de la A.P de Barcelona (sección 15) de fecha 31 de mayo de 2.019 nº recurso 295/2.018 señala respecto a esta cuestión: “ La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017 (ECLI ES:TS:2017:3247), descarta expresamente que la falta de información sobre los riesgos en la contratación de un producto financiero pueda dar lugar a la resolución del contrato, pero no por ello debemos de alcanzar la misma conclusión cuando se ejercita al acción ex artículo 1.101 del Código Civil . Como ya dijimos en nuestra reciente sentencia de 28 de marzo de 2019 (ROJ: SAP B 2795/2019-ECLI:ES:APB:2019:2795): "La posibilidad de ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, por el negligente cumplimiento por el banco de las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de productos financieros complejos ha sido admitida por el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia 62/2019, de 31 de enero de 2019, que cita, a su vez, la Sentencia 677/2016, de 16 de noviembre. Se trata de una acción de naturaleza contractual, aunque el incumplimiento sea anterior a la venta, dado que se sustenta en el cumplimiento deficiente de las obligaciones surgidas en esa relación de asesoramiento financiero,...."

Ahora bien la acción basada en el artículo 124 de la LMV, regula la responsabilidad de los emisores, el banco en este caso, por la elaboración y publicación de la información periódica financiera.

No encontramos con una acción que no nace del contrato, sino de la Ley, y que sanciona al emisor y sus administradores por la publicación de información económico-financiera que no proporcione una imagen fiel.

Y son “los titulares de los valores” a quienes se han de indemnizar “todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado” .

El artículo 124 de la LMV no distingue entre titulares de acciones en función de la fecha en que efectuaron sus adquisiciones, puesto que son titulares de los valores tanto quienes han comprado en el ejercicio en que se ha publicado una información no veraz, que no refleja la imagen fiel del emisor, como, asimismo, aquellos titulares de valores que adquirieron en ejercicios

anteriores a aquel en que se producen dichas irregularidades.

En este punto, y como prueba de que el artículo 124 protege a todos los titulares de valores, con independencia de la fecha de adquisición, resulta útil comparar su redacción con la del apartado 3 del artículo 38, artículo este que regula la responsabilidad por la información contenida en el folleto.

En el artículo 38 se establece que:

“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.”

En este artículo se señala que los sujetos protegidos y, en consecuencia, que pueden ser indemnizados, son los titulares de los valores “adquiridos como consecuencia” de las informaciones falsas, mientras que en el artículo 124 de la LMV la indemnización corresponde “a los titulares de los valores”, como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor”.

En consecuencia, la responsabilidad del artículo 124 de la LMV se predica respecto de los titulares de valores, sean estos ya titulares o no y, por tanto, no sólo de aquellos que adquieran en base a dicha información no veraz.

La Jurisprudencia estima necesario establecer un nexo de causalidad entre la información que no ha proporcionado la imagen fiel del emisor y el daño que se ha producido al titular de los valores.

Y, en este sentido, la reciente sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, de dos de abril de dos mil diecinueve, siendo ponente el Ilmo. Magistrado Don Francisco José Pañeda Usunariz, (Roj: SAP VA 431/2019), desgrana los requisitos para que dicha acción prospere. Los requisitos son los siguientes:

“(a) la existencia de los presupuestos objetivos de la responsabilidad, es decir,

(i) la existencia de información financiera regulada que no refleje «la imagen fiel» del emisor,

(ii) la materialización de un daño al titular de valores de la sociedad, y

(iii) una relación de causalidad entre el daño sufrido por el inversor y la actuación de la sociedad, como consecuencia de que la información financiera no proporcione la «imagen fiel» de la sociedad;

así como:

(b) la existencia del presupuesto subjetivo de la responsabilidad, esto es, la imputación de la responsabilidad al sujeto obligado por dolo o culpa.”

Dichos accionistas e inversores han permanecido fieles al banco, en la creencia errónea inducida por Banco Popular, de que dicha entidad era solvente, de que era un banco que cumplía con la legalidad vigente, con sus obligaciones, y que se encontraba en una situación financiera saneada, normal, como cualquier otra compañía cotizada.

La información proporcionada por Banco Popular Español durante todos estos ejercicios no ha sido transparente, no ha proporcionado la imagen fiel de su situación financiera, de forma que no ha existido una formación correcta de los precios, al haberse ocultado la verdadera situación del banco.

Esa información falsa y continuada en el tiempo, ha hurtado a estos accionistas (titulares de valores):

De tomar una decisión sobre la venta de sus acciones o, incluso, de mantenerlas con conocimiento de la realidad de la compañía. Se les ha arrebatado la posibilidad durante todos estos ejercicios de haber vendido y poder recuperar toda o parte de su inversión. O de haber decidido no vender, pero con conocimiento de la verdadera situación.

Las referencias de la demandada a un folleto registrado en las entidades reguladoras o inscrito en el Registro Mercantil, obviamente que no pueden ser útiles para entender cumplida su obligación de procurarle la información exigida por la normativa vigente y por la jurisprudencia que la interpreta.

Por el contrario, se ha aparentado una situación de solvencia y de normalidad durante tantos años que ha perjudicado a todos los titulares de las acciones de forma irremediable, al haber desaparecido las acciones, amortizándolas para vender Banco Popular a Banco Santander.

La SAP de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, 85/19 de 18/3 justifica la concurrencia del requisito examinado con un argumento que hacemos nuestro: "la pérdida total de la inversión de los hoy apelantes no acontece como consecuencia de las fluctuaciones habituales de la cotización en Bolsa de las acciones y propias de este producto, que es donde se encuentra el riesgo de éstas que los clientes deben asumir en cuanto son conocidas y de ahí que no revista complejidad, sino que el fracaso total de la operación inversora se produce a causa de un comportamiento anormalmente negativo de las acciones

adquiridas e impropio de este producto, propiciado por el importante deterioro financiero del Banco..., precedida la inversión de una información incorrecta sobre la salud financiera de la entidad facilitada por ella misma que llevó a los actores a adquirir las acciones ."

No cabe desconocer que 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, 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.

El propio Banco Popular, menos de un mes antes de su resolución por la JUR, asegura que no hay retirada masiva de depósitos, comunicándolo como hecho relevante a la CNMV. Parece, por tanto, que la explicación de las dificultades patrimoniales de la entidad emisora de las acciones no puede tener como origen una retirada importante de fondos, que indudablemente hubo, ya que se protestaba por el propio Banco Popular en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero.

El Inspector del Banco de España Sr. Ignacio Pardo (a cargo del Banco Popular entre finales de 2.008 y 2.010), durante su comparecencia en la Comisión de Investigación sobre la crisis financiera en el Congreso de los Diputados precisa que : el Banco Popular tenía problemas estructurales desde hace muchos años, por su elevada concentración en el sector de la construcción, que en 2.008, alcanzaba el 36% de su cartera total de créditos. Aunque el Banco de España advirtió a la entidad sobre este asunto, y Popular tomó medidas, y puso como límite un 25% de su cartera, no fue suficiente, y en 2.011 se compra el Banco Pastor que tenía problemas estructurales similares al banco intervenido".

Más que un acto propio, otro indicio que apunta a la incorrección de las cuentas que sirvieron para publicitar la oferta pública de suscripción de acciones del Banco Popular es el ofrecimiento que el adquirente del mismo tras su resolución, Banco de Santander, hizo a los antiguos accionistas.

Si la situación patrimonial dada a conocer a través del folleto nada reprochable contenía, la exigencia de renunciar a unas acciones legales que no serían procedentes parece incoherente. Ese proceder añade otro indicio a los ya expuestos, que contribuye a la convicción de que las cuentas publicitadas reflejaban una situación patrimonial distinta a la real".

Las anteriores consideraciones conducen a la estimación de la pretensión

subsidiaria ejercitada en la demanda rectora del proceso, condenando a BPE a que pague al actor: 1º.- 31.554,72 euros en concepto de indemnización por los perjuicios irrogados, 2º.- el interés legal devengado por esa suma desde la interpelación judicial -no desde la adquisición- hasta hoy, momento a partir del cual regirá el tipo agravado previsto en el art. 576.1 LEC hasta el cumplimiento (arts. 1.100 y 1.108 CC y 576.2 LEC).

CUARTO.

Las costas procesales deben ser impuestas a la parte demandada al resultar aplicable el artículo 394.1 de la LEC.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda rectora del proceso, respecto a las acciones adquiridas el 18 de diciembre de 2.013, debo condenar y condeno a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a que pague a la parte actora la cantidad de 31.554,72 euros. Dicha cantidad devengará el interés legal correspondiente desde el 5 de febrero de 2.019 hasta hoy, momento a partir del cual y hasta el pago completo el tipo se agrava en dos puntos porcentuales.

Procede la condena en costas de la parte demandada.

Notifíquese a las partes, con indicación de que podrán interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes, y ante este Juzgado, siendo exigible el depósito de la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado como requisito necesario para la admisión a trámite del recurso.

Así por esta mi sentencia, que pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.