



Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat

Avenida Carrilet, 2, Edif.H CdJ - Hospitalet De Llobregat, L' - C.P.: 08902

TEL.: 935548239
FAX: 935548037
EMAIL: instancia7.hospitalet@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120198015097

Juicio verbal (250.2) (VRB) 91/2019 -3

Materia: Resto de acciones individuales de condiciones generales de contratación

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4146000003009119

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat

Concepto: 4146000003009119

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Carlos Javier Ram De Viu Y De Sivatte
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: BANCO SANTANDER,
S.A.-

Procurador/a: Jordi Fontquerni Bas
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 290/2019

Magistrada: Susana Solans Ballarini

Hospitalet De Llobregat, L', 16 de octubre de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de la demandante D. CARLOS-JAVIER RAM DE VIU DE SIVATTE presentó **demanda** de Juicio verbal en nombre y representación de D. [redacted] contra BANCO SANTANDER S.A **que tuvo entrada en el juzgado el 17 de enero de 2019.** En la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando la demanda se declare..."Respecto a la orden de suscripción de acciones de 5 de diciembre de 20161, la nulidad de las órdenes de suscripción y, en consecuencia, del contrato de adquisición de acciones de Banco Popular S.A. por DOLO y/o por ERROR que ha viciado el consentimiento a tenor del art. 1.300 y siguientes del Código Civil, subsidiariamente, Acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados a mi representado, al amparo de lo establecido en el art. 38 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores o subsidiariamente, **acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados, al amparo de lo establecido en el art. 124 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores,** subsidiariamente, Acción de indemnización por incumplimiento contractual, solicitando la indemnización de los daños provocados acción que se ejercita al amparo de lo establecido

Codi. Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Signat per Solans Ballarini, Susana :

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Data i hora: 16/10/2019 14:20





en el art. 1101 del Código Civil. Respecto a la orden de compra de fecha 22 de marzo de 2007, se declare que BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. cometi6 los incumplimientos graves de sus obligaciones incurriendo en conducta sancionada en el art 124 LMV subsidiariamente, acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados, al amparo de lo establecido en el art. 1101 CC y costas...".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto se acordó dar traslado de la misma a la demandada emplazándola para que contestase a la demanda. En tiempo y forma, la representación de BANCO SANTANDER S.A contestó oponiéndose a la reclamación y solicitó una sentencia desestimatoria con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Se señaló la vista para el día 7 de octubre de 2019 y la actora se afirmó y ratificó en su demanda y la demandada hizo lo propio con su contestación a la demanda. Se propuso y admitió la prueba: por la actora la documental que se tuviera por reproducida, y pericial de D. Alberto Cerro Prieto y por la demandada, la documental que se tuviera por reproducida, la pericial de D. José Antonio Mor Figueras.

Una vez practicada la prueba quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la ACCIÓN EJERCITADA.

Por la parte actora D.l , con carácter principal, se ejercita acción de nulidad relativa o anulabilidad, al amparo de los artículos 1261 CC, 1265 CC, 1266 CC 1269 CC 1270 CC y 1300 del Código Civil de la adquisición el día 5 de diciembre de 2012, por importe de 261,66 euros de acciones del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A, alegando la existencia de un vicio del consentimiento, tanto en su modalidad de error como dolo reticente y directo sobre la solvencia de la entidad bancaria y acción por incumplimiento grave de las obligaciones previstas en el art. 124 LMV en la compra de acciones de fecha 22 de marzo de 2007, por importe de 3.010,54 euros

Por la parte actora se afirma que la imagen de solvencia que reflejaba el Banco a la hora de ofertar la ampliación de capital, no se correspondía con la realidad y, todos los indicios apuntan a que la información contable que presentó la entidad a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, fue gravemente alterada y se estuvo ocultando la verdadera realidad económica del Banco. Si el actor hubiera tenido acceso a esa información, no hubiera acudido a la ampliación de capital en el año 2012. Afirma la parte actora que, los activos tóxicos del banco fueron sobrevalorados, sus activos problemáticos no valían lo que se decía que valían, de manera que las cuentas de la entidad bancaria no reflejaban la verdadera





situación de la entidad, la cual tenía un problema grave de solvencia, no sólo de liquidez.

Respecto a la orden de suscripción de acciones de 5 de diciembre de 2012 , se ejercita la acción de nulidad de las órdenes de suscripción por DOLO y/o por ERROR que ha viciado el consentimiento a tenor del art. 1.300 y siguientes del Código Civil, subsidiariamente, acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, al amparo de lo establecido en el art. 38 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores o subsidiariamente, al amparo de lo establecido en el art. 124 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, subsidiariamente, acción de indemnización por incumplimiento contractual, al amparo de lo establecido en el art. 1101 del Código Civil. Respecto a la orden de compra de fecha 22 de marzo de 2007, se ejercita una acción por incumplimiento graves de sus obligaciones al amparo del art 124 LMV subsidiariamente, acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 1101 CC.

Por su parte, la entidad demandada, BANCO SANTANDER S.A manifiesta que las acciones ejercitadas por la parte actora deben de ser desestimadas. En primer lugar, porque la entidad demandada carece de legitimación pasiva para el ejercicio de parte de las pretensiones que se ejercitan en la demanda, ya que la parte demandante, adquirió derechos de suscripción preferente en 2012, comprados a otros accionistas, para acudir a la ampliación de capital. En segundo lugar, respecto a la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, la misma no resulta idónea como remedio para anular un contrato de suscripción de acciones y, respecto a la acción indemnizatoria, tampoco puede prosperar porque no concurre ninguno de los presupuestos exigidos para ello. Por otra parte, respecto a las circunstancias en las que se produjo la ampliación de capital de 2012, la parte actora era conocedora de la depreciación sufrida por el banco y, a las exigencias de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora y, finalmente, afirma la entidad bancaria, que cumplió con su deber de facilitar la información correspondiente al demandante, proporcionó información adecuada sobre los riesgos concretos de la inversión y a través de diferentes cauces.

Respecto a las acciones indemnizatorias manifiesta que BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. cumplió puntualmente con la obligación de suministrar la información requerida por la LMV y alega ausencia de relación de causalidad lo que impide se genere responsabilidad.

SEGUNDO.- Sobre la **LEGITIMACIÓN PASIVA** del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Como así se ha expuesto, sostiene la entidad demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A, que las acciones ejercitadas de contrario, deben de ser desestimadas, en primer lugar, porque la entidad demandada carece de legitimación pasiva para el ejercicio de parte de las pretensiones que se ejercitan en la demanda, ya que la parte demandante, adquirió derechos de suscripción preferente en 2012, comprados a otros accionistas, para acudir a la ampliación

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana :

Data i hora 16/10/2019 14:20





de capital. En esa operación de compra de derechos de suscripción preferente, la entidad bancaria no fue parte ni recibió contraprestación económica alguna.

No es un hecho controvertido, que el actor, el día 5 de diciembre de 2012, adquirió acciones por importe de 261,66 euros (documento 1C de la demanda). Ahora bien, no es el demandante quién acude a la entidad bancaria, demandando la adquisición de dichos productos, sino que es la propia entidad bancaria quién oferta este producto al cliente, quién se lo recomienda; por lo que existe una implicación del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A evidentemente, en la venta de las acciones.

La entidad bancaria es quién informa al cliente, de la existencia del producto financiero, de los riesgos que ofrece la operación, etc. es quién comercializa el producto. El Banco asume una posición importante y relevante en la comercialización, no limitándose su intervención a poner encima de la mesa del cliente el producto, sino que como así se ha expuesto, le informa de las características del mismo, de los riesgos que conlleva, etc. todo ello hace que la entidad bancaria tenga legitimación pasiva y deba responder de la venta efectuada hasta los límites impuestos por la ley.

En este sentido, merece traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial De Álava, Sección Primera, de fecha 21 de febrero de 2014, que sobre un caso parecido argumenta de la siguiente manera: "... tal falta de legitimación pasiva no resulta apreciable pues en toda actividad de intermediación (como es el mandato, la comisión, o cualquier otra relación por la que se comercializan productos ajenos), se dan dos planos diferenciados: el propio de la intermediación entre el mediador y el cliente, en el cual se gesta el contrato proyectado, y del que deriva las consecuencias del acto al definitivo titular de la obligación, de tal forma que en ambas relaciones jurídicas se dan derechos y deberes distintos, y en la intermediación, y por lo que aquí interesa, la información de las características del producto la ha de dar aquel que tiene relación con el cliente y comercializa el producto, siendo otra cosa distinta que el emisor, a su vez, esté obligado a publicar los datos precisos que exija la normativa aplicable".

En consecuencia, la entidad bancaria queda obligada directamente con el actor, por ser su cliente, ya que éste negoció directamente con el banco la adquisición de este producto financiero.

TERCERO.- Sobre la **IDONEIDAD DE LA NORMATIVA CIVIL** general para solicitar la nulidad de una suscripción de acciones.

En segundo lugar, como motivo de oposición, de los formulados por el BANCO SANTANDER, S.A. respecto a la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento en relación con la orden de suscripción de 5 de diciembre de 2012; afirma la entidad bancaria que, la citada acción, no resulta idónea como remedio para anular un contrato de suscripción de acciones, toda vez que la

Codi de Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Signat per Solans Ballarín, Susana ;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/PA/consultaCSV.html>

Data i hora 16/10/2019 14:20





normativa civil no opera en este supuesto, sino que procede acudir a la normativa mercantil, concretamente, al art. 38 de la Ley del Mercado de Valores.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencias núm. 91/2016 y 92/2016, ambas de fecha 3 de febrero de 2016, resolviendo un supuesto similar al ahora planteado, de la siguiente manera: "En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas. No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas. Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 y 1303 del Código Civil) cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)".

Siguiendo la doctrina expuesta, procede rechazar el argumento esgrimido por la entidad bancaria sobre la inviabilidad de la acción de anulabilidad basada en la normativa general del Código Civil.

Siguiendo con la viabilidad de la acción ejercitada de anulabilidad por vicio en el consentimiento, idoneidad y, aplicación de la normativa general del Código Civil, sostiene la entidad bancaria, que aun aplicando con carácter supletorio el Código Civil, en ningún caso cabría calificar la situación de hecho que se examina como un supuesto de error invalidante del consentimiento, pues ese alegado error en

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Signat per Solans Ballarín, Susana.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora: 16/10/2019 14:20





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://sjcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi de Segur de Verificació: R1G1Y00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK
Data i hora 16/10/2019 14:20	Signat per Solans Ballarín, Susana ;

ningún caso recaería sobre un elemento esencial del contrato. Ahora bien, el error invocado por el actor, viene referido no al valor en sí de las acciones adquiridas, sino a la información de solvencia facilitada por la entidad bancaria a la que se adquieren dichas acciones; y en la Sentencia antes citada del Tribunal Supremo, de fecha 3 de febrero de 2016, se admite precisamente esta argumentación, que pueda existir una nulidad por vicio en el consentimiento, al concurrir un error sobre la solvencia de la entidad de la que se adquieren las acciones en función de la información facilitada al cliente por la entidad; así argumenta la resolución: "1.- *La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el art. 1266 del Código , ha declarado que para que el error invalide el consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular.*

Esta doctrina jurisprudencial es acorde con lo previsto por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), cuyo art. 4:103 establece: « Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias».

2.- La sentencia recurrida no utiliza ciertamente la expresión "nexo causal", pero considera que las graves inexactitudes de la información contenida en el folleto de la oferta de suscripción pública de acciones fueron la causa del error sustancial y excusable sufrido por los demandantes.

Lo hace al reproducir resoluciones, propias o de otras Audiencias, que considera resuelven casos análogos al enjuiciado, en las que se afirma el carácter determinante del contenido del folleto para la prestación del consentimiento de los suscriptores de acciones de Bankia y la relación de causalidad entre uno y otro.

Además, en el razonamiento de la sentencia es obvio que si los





Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Signat per Solans Ballarín, Susana.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 16/10/2019 14:20

demandantes no hubieran incurrido en tal error sobre la situación económica de Bankia, no habrían consentido en adquirir las acciones. De la sentencia recurrida se desprende que los adquirentes de las acciones se hicieron una representación equivocada de la situación patrimonial y financiera, y de la capacidad de obtención de beneficios, de Bankia y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión. Tras adquirir las acciones, a los pocos meses, se hizo evidente que los demandantes habían adquirido acciones de una sociedad cuya situación patrimonial y financiera era muy diferente de la que se expresaba en el folleto de la oferta pública, pues presentaba unas pérdidas multimillonarias, hubo de ser intervenida y recibió la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. De ahí proviene el carácter sustancial del error en la suscripción de las acciones.

La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora.

3.- De acuerdo con el art. 30.bis de la Ley del Mercado de Valores, « (u) na 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 folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

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





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://sjcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: R1G1Y00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK
Data i hora 16/10/2019 14:20	Signat per Solans Ballarín, Susana ;

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».

Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

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

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

CUARTO.- Sobre el **VICIO DEL CONSENTIMIENTO**, tanto en su modalidad de error como dolo reticente y directo sobre la solvencia de la entidad bancaria.

El consentimiento es un elemento esencial de cualquier tipo de contrato, y se puede definir como la concordancia de las voluntades de las partes que celebran el contrato, según dispone el art. 1262 del Código Civil de la siguiente manera: "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato". La ausencia del consentimiento en cualquier tipo de relación contractual, determina la nulidad de la misma.

El consentimiento debe de ser prestado por ambas partes contratantes de manera libre y consiente, ya que si no fuera así, si la voluntad de alguna de las partes estuviera viciada, aquél carecerá de validez y, por lo tanto, privando al





contrato de uno de sus elementos esenciales, el mismo devendrá nulo.

El consentimiento se encuentra viciado cuando en su formulación ha intervenido un vicio que la norma jurídica no acepta; este vicio puede afectar bien a la formación de la voluntad interna o bien, a la voluntad declarada, la exteriorizada. Pues bien, la declaración de voluntad a la que se hace referencia, puede ser defectuosa por los motivos recogidos en el art. 1265 del Código Civil, el cual preceptúa: "*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*"; ahora bien, la concurrencia de cualquiera de estos vicios debe de ser acreditada, probada, por la parte que lo invoca, toda vez que la norma parte de la presunción de que la voluntad contractual se formó de forma correcta, sin vicio alguno.

El error como vicio de consentimiento, viene referido a la relación entre la voluntad negocial y la declaración; implica que la voluntad de quién la manifiesta se ha formado en base a un conocimiento inexacto de la realidad, conocimiento que influye de manera determinante en la adopción de una decisión.

El Código Civil no ofrece una definición del error como vicio del consentimiento, limitándose a establecer en su art. 1266 los requisitos exigidos para que el error tenga la relevancia suficiente en orden a afectar la validez del contrato celebrado, así preceptúa dicho artículo: "*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección*".

La jurisprudencia es muy exigente en lo que a los citados requisitos se refiere, así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio y, en lo que a los requisitos que han de concurrir para que el mismo afecte a la validez del contrato celebrado se refiere, recoge lo siguiente: "*El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.*

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Baillarín, Susana ;

Data i hora 16/10/2019 14:20





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultasCSV.html	Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUJK
Data i hora 16/10/2019 14:20	Signat per Solans Ballarín, Susana ;

Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

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 la citada sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores".

En el supuesto de autos, sostiene el actor que existe un vicio en el consentimiento, en su modalidad de error, toda vez que el folleto informativo emitido de cara a la ampliación de capital efectuada, no explicaba de manera real y veraz la situación económico-contable del Banco demandado, esto es, la





información que se facilitó por parte de la entidad bancaria al cliente, no representaba la imagen fiel de la entidad.

Planteado en estos términos el debate, procede entrar a resolver sobre el fondo del asunto, que no es otro que determinar si efectivamente la información facilitada por la entidad bancaria al comprador, la entidad actuante en este caso, reflejaba de manera real y veraz la situación económico-contable del Banco.

Del informe pericial aportado junto con la demanda, como doc. núm. 39, se desprende que la entidad bancaria ofreció desde el año 2008 y, hasta el año 2015, una imagen externa de fortaleza y rentabilidad; sin embargo, en dichas anualidades había apostado por un crecimiento basado en la concesión de créditos a familias y pymes, no valorando el elevado riesgo que esto suponía, lo que derivó en un aumento considerable de los créditos morosos y los activos dudosos. La entidad bancaria con la finalidad de ocultar su verdadera situación financiera, decidió no provisionar de manera correcta la morosidad de sus clientes y, la gran cantidad de activos tóxicos existentes, utilizando artificios contables. La adquisición del Banco Pastor, no ayudó a solucionar la situación, esta circunstancia sumada a la negativa de la Dirección del banco de acudir al SAREB, para desprenderse de parte de su parque inmobiliario, agravó todavía más la situación existente. Con el fin de paliar su situación, la entidad bancaria decidió utilizar la técnica de la ampliación de capital, pero la misma no fue suficiente para cubrir todos los activos morosos y tóxicos que tenía ya el banco; por ello, finalmente, el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. fue adquirido por el BANCO SANTANDER por un euro.

Esa sería la perspectiva general; ahora, de forma más concreta, tal y como se recoge en el citado informe pericial, partiendo de la información financiera que constaba en la propia web corporativa del Banco Popular, cuentas anuales de los ejercicios 2008 a 2016, e informes de auditoría publicados en la citada página web; durante los ejercicios de 2008 a 2016, las cuentas anuales de la entidad presentan un resultado neto consolidado de ganancias, excepto en los años 2012 y 2016 y; en los informes de auditoría publicados en la citada página web, cuyo contenido se recoge parcialmente en el informe pericial aportado, no existe en esos años párrafo alguno de énfasis ni salvedad alguna respecto a la situación financiera del banco, mencionando claramente que en todos estos años, las cuentas formuladas por la entidad bancaria ofrecían una imagen fiel de su patrimonio consolidado; siendo solamente en el ejercicio 2016, cuando aparece un párrafo de énfasis en referencia a los nuevos requerimientos de capital que exige el Banco Central Europeo, indicándose que los Administradores del banco manifiestan que de acuerdo a las previsiones de negocio y a medidas específicas de capital, la entidad cuenta con los mecanismos para cumplir con dichos requerimientos.

En este mismo año, en fecha 26 de mayo de 2016, se publica un hecho relevante, relativo a la ampliación de capital aprobada por el Consejo de Administración de Banco Popular, en dicha información consta que "el importe nominal del aumento de capital queda fijado en 1.002.220.576,50 euros, mediante la emisión y puesta en circulación de 2.004.441.153 nuevas acciones

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana :

Data i hora 16/10/2019 14:20





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://sjcat.justicia.gencat.cat/AP/consultatCSV.html	Codi de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK
Data i hora 16/10/2019 14:20	Signat per Solans Ballarín, Susana ;

ordinarias de Banco Popular de 0,50 euros de valor nominal cada una de ellas, de la misma clase y serie que las actualmente en circulación y representadas mediante anotaciones en cuenta (las "Acciones Nuevas"). Las Acciones Nuevas se emitirán por su valor nominal de 0,50 euros cada una, más una prima de emisión unitaria de 0,75 euros, lo que resulta en un tipo de emisión de 1,25 euros por cada Acción Nueva. Por tanto, el importe efectivo del Aumento de Capital, considerando el precio de suscripción, ascenderá a 2.505.551.441,25 euros en caso de suscripción íntegra, o el importe que resulte, en su caso, en el supuesto de suscripción incompleta.

Las Acciones Nuevas serán desembolsadas mediante aportaciones dinerarias, reconociéndose a los accionistas de Banco Popular el derecho de suscripción preferente de las Acciones Nuevas que se emitan.

Finalidad del Aumento de Capital: El Aumento de Capital tiene como objeto fundamental fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos. Con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio y seguir avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista, basado en la financiación a PYMEs y autónomos y en la financiación al consumo, aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos.

Tras el Aumento de Capital, Banco Popular dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializasen parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de coberturas durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Banco Popular tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. Banco Popular ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018".

QUINTO.- En efecto, de dicha publicación, se desprende que con la ampliación de capital, la entidad bancaria pretende cubrir morosos y activos dudosos, pero a la vez, ofrece una imagen de solvencia y fortaleza irreal, utilizando expresiones tales como "reforzar su potente franquicia y modelo de negocio y seguir avanzando con mayor firmeza", "continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". Esta imagen, sobradamente positiva, se





Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUIK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Baillarni, Susana :

Data i hora 16/10/2019 14:20

traslada al Folleto informativo de la ampliación de capital, en el que se recoge que la ampliación "reforzará las fortalezas y la rentabilidad del Negocio Principal del Banco y reducirá el coste del riesgo esperado para los próximos años y permitirá acelerar la estrategia de reducción del negocio inmobiliario: nuevo objetivo de desinversión de -15.000M de activos improductivos brutos entre 2016 y 2018 (-45% vs 1T2016). Como resultado, el Banco pasará a tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital futura, lo que permitirá acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017".

Siguiendo una línea cronológica, ya en el año 2017, se produce otro hecho relevante, la comunicación en fecha 3 de abril de dicho año a la CNMV, en la que la entidad de crédito admite la existencia de determinadas incidentes respecto a la cartera de crédito y a la ampliación de capital: "1.- Insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones y que afectarían al resultado de 2016 (y por ello al patrimonio neto) por importe de 123 millones de euros. Posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos que, estimada estadísticamente, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros. Posible obligación de dar de baja algunas garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aún no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones. Determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016 cuyo importe, si se verificara, debería ser deducido del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación estadística del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de análisis de 426 millones de euros". Señalando que: "el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficienticas a que se refiere los apartados 2) y 3) proviene de ejercicios anteriores a 2015 y tendrá, por ello, escaso impacto en los resultados del ejercicio 2016, aunque sí afectaría al patrimonio neto". Este hecho, según se recoge en la página 22 del informe pericial aportado por la actora, se traslada al primer informe trimestral del ejercicio 2017, en el que aparece un apartado denominado "reexpresión de cuentas 2016" donde literalmente se indica: "El 3 de abril de 2017 se publicó un Hecho Relevante en la CNMV afectando a las cuentas de 2016. Se resumen a continuación los impactos incluidos (cantidades brutas, sin considerar efecto impositivo) en dicho hecho relevante:

Insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros.

Posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros, afectando fundamentalmente a reservas.

Respecto al punto 3 del Hecho Relevante se está analizando la cartera de





dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T 2017.

Otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016

Determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe deberá ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno en el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros".

Finalmente, en fecha 10 de abril de 2017, se aprobaron las cuentas del ejercicio 2016, con un resultado de 3.222.317.508,86 euros de pérdidas y, el 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta de Resolución, que concluía que el banco era inviable, ya que el mismo no podía hacer frente, en un futuro próximo, a sus deudas y otros pasivos a medida que venzan; y entre otras medidas, se acordó la reducción del capital social de la entidad Banco Popular a cero mediante la amortización de las acciones en circulación y la venta de la entidad a Banco Santander por un euro.

Expuesto todo lo anterior, cabe determinar cuál es el motivo que provoca el desenlace fatal de la entidad bancaria y, que de la pericial practicada, se infiere que no es otro que, una inadecuada cobertura de los créditos morosos y de los activos dudosos; esto es, una provisión no adecuada de la morosidad de los clientes del banco.

Y es que tal y como se recoge en el informe pericial aportado, la entidad bancaria, ofreció desde el año 2008 hasta el año 2015 una imagen externa de fortaleza y rentabilidad, sin embargo, en dichas anualidades había apostado por un crecimiento basado en la concesión de créditos a familias y pymes, no valorando el elevado riesgo que esto suponía. Así, según se recoge en la pág. 36 del informe pericial, la evolución del importe de crédito concedido a la clientela, oscila entre los 93.452.619 millones de euros para el año 2012, hasta los 117.298.902 millones de euro para el año 2016. El aumento de crédito a este tipo de clientela, conlleva también un aumento de los créditos morosos, así se pasa de un importe en millones de euros de créditos morosos para el año 2012 de 13.976.733, a un importe de 19.601.578 millones de euro para el año 2016; ello teniendo en cuenta que en el año 2008 la cifra de créditos morosos no superaban los 3 millones de euros. Este aumento de créditos morosos, no fue correctamente provisionado por la entidad y, es precisamente por ello, que las Cuentas Anuales de la entidad bancaria reflejaban una situación irreal de la entidad, ya que una contabilización de un importe superior de dotaciones por insolvencias, generaría una reducción del beneficio y la entrada en pérdidas y, consecuentemente, se vería afectado el patrimonio neto del Banco; explicado de una manera más sencilla, el banco no computaba de manera correcta los

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J5SX055N96EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sigcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Solens Ballarín, Susana ;

Data i hora 16/10/2019 14:20





créditos morosos de muy difícil cobro, ya que de haberlos computado de manera correcta, como pasivo y no como activo, la entidad vería reducido su beneficio y entraría en pérdidas. Basta ver a tal efecto el cuadro núm. 2, de la pág. 37 del informe pericial:

Importe en miles de euros	Morosos	Provisiones insolvencias	% Cobertura
2008	3.042.612	2.221.902	73%
2009	5.511.516	2.770.486	50%
2010	6.055.019	2.448.164	40%
2011	7.323.272	2.530.076	35%
2012	13.976.733	9.146.044	65%
2013	21.225.441	8.524.616	40%
2014	20.172.032	8.357.963	41%
2015	18.339.525	7.793.422	42%
2016	19.601.578	10.243.088	52%

Concluye el perito que "si se hubiera aplicado un porcentaje de dotaciones del 50%, es decir el mismo porcentaje aplicado aproximadamente en 2016, se hubiera reducido el resultado reflejado en las Cuentas Anuales, quedando un beneficio muy reducido en el ejercicio 2010 y unas sustanciales pérdidas en el resto de años, lo que evidencia que el agujero económico que ha aflorado en el año 2017 tiene su origen claramente en ejercicios anteriores y que, por lo tanto, las cuentas no presentaban la imagen fiel de la situación patrimonial del Banco."

La propia entidad bancaria, en la comunicación efectuada el 3 de abril de 2017 a la CNMV, antes reproducida, reconoce que la dotación a créditos morosos no fue adecuada, lo que afectaría al resultado de la anualidad 2016.

Si bien es cierto que de la pericial practicada se infiere que el principal problema que precipitó la caída del banco fue la incorrecta dotación de los créditos a morosos, también se desprende del contenido del informe, que jugó un papel muy importante en ese final, los activos dudosos. Así, según se desprende del cuadro núm. 6. recogido en la pág. 45 del informe pericial, en el periodo 2007 al 2017 (primer trimestre) se produjo un crecimiento desproporcionado de los





activos improductivos o tóxicos. Especialmente a partir del año 2008, se ha producido un crecimiento espectacular de estos activos, especialmente hasta el ejercicio 2013, al haberse multiplicado su importe en más de 51 veces, siendo especialmente significativo el crecimiento de los años 2012 y 2013, que vuelve a coincidir con la integración del Banco Pastor. Mantener esos activos por valores irreales en el activo del balance del Banco, ha desvirtuado en los años anteriores, la verdadera situación patrimonial y de solvencia del banco.

SEXTO.- Todo lo expuesto no ha resultado desvirtuado por la pericial practicada a instancia de la entidad bancaria. Y es que la pericial presentada por el Banco, de D. José Antonio Mor Figueras se sustenta toda ella, en afirmar que el problema que ha tenido la entidad bancaria y, que provoca la crisis sufrida por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. en el año 2017, tiene su origen en lo que afirman ser, una falta de liquidez, no en una falta de solvencia. La diferencia según los peritos radica que, mientras que el problema de liquidez supone la imposibilidad de hacer frente a los compromisos de deuda adquiridos a corto plazo por el banco, el problema de solvencia, hace referencia a la imposibilidad de hacer frente a los compromisos de deuda adquiridos a largo plazo. El problema de liquidez del banco, vino provocado, según los peritos de la entidad, por una salida masiva de efectivo, por una retirada de fondos, que cifran para el primer semestre de 2017, en 20.000 millones de euro.

Ahora bien, la explicación ofrecida por la pericial de la entidad demandada, relativa a la falta de liquidez, que no de solvencia, provocada por la retirada masiva de fondos, ya en el año 2017, no explicaría todos los antecedentes relatados, la evolución cronológica de hechos que ha provocado el desenlace de la entidad bancaria. No se ofrece una explicación del porqué de esa evolución del importe de crédito a la clientela, que como se ha expuesto, oscila entre los 93.452.619 de importe en millones de euros para el año 2012, hasta los 117.298.902 millones de euro para el año 2016 y, el correlativo aumento de los créditos morosos; tampoco se ofrece una explicación del crecimiento desproporcionado de los activos improductivos o tóxicos, especialmente a partir del año 2008.

Aparte, pese a que los peritos de la entidad bancaria han tenido a su disposición, cosa que el perito de la parte actora no, todas las cuentas anuales del banco, toda la información financiera del mismo, etc. no aportan datos reales que reflejen esa salida masiva de efectivo que alegan, esa posibilidad de responder a largo plazo a las deudas adquiridas que justificaría la existencia de un problema de liquidez, no de solvencia.

Finalmente, la explicación que ofrecen respecto de la decisión de la Junta de Resolución, que concluía que el banco era inviable, ya que el mismo no podía hacer frente, en un futuro próximo, a sus deudas y otros pasivos a medida que venzan y, por ello, se acordó la reducción del capital social de la entidad Banco

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X055N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sigcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana ;

Data i hora 16/10/2019 14:20





Popular a cero mediante la amortización de las acciones en circulación y la venta de la entidad a Banco Santander por un euro; de que es una mera decisión política, no convence.

En conclusión, de todo lo expuesto, se puede apreciar cómo claramente la entidad bancaria demandada, al tiempo de ofertar la ampliación de capital en el año 2012, en la que el demandante adquirió acciones, ofrecía una imagen de solvencia y fortaleza que no se correspondía con la realidad, ya que publicitaba dicha imagen en base a unos resultados de ganancias que no eran tales, ya que venían alterados por el uso de artificios contables, no efectuando una cobertura correcta de los créditos morosos ni, una valoración correcta tampoco, de los activos improductivos o tóxicos

Alcanza dicha conclusión, resta valorar si, esa imagen de solvencia y fortaleza ofrecida por la entidad bancaria, resultó relevante y esencial en orden a la celebración del contrato de compraventa de acciones y, si el incumplimiento por parte del banco de facilitar una información real y veraz sobre su situación financiera al comprador, en este caso al actor, supone un error invalidante del consentimiento contractual.

Como así se ha expuesto, la jurisprudencia es muy exigente en cuanto a los requisitos que tienen que concurrir para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado del mismo; y estos requisitos son los siguientes: en primer lugar, es necesario que exista una representación equivocada de la realidad; en segundo lugar, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo y; finalmente, el error, además de esencial, debe de ser excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre.

SÉPTIMO.- En el supuesto de autos concurren todos los requisitos expuestos. Así, en lo que respecta a la representación equivocada de la realidad, de todo lo expuesto con anterioridad se infiere que el actor, al adquirir el producto financiero al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A, lo hacía en la creencia de adquirir una parte alícuota, lo que suponen unas acciones, de una entidad bancaria fuerte y consolidada, lo que generaría beneficios, cuando en realidad lo que estaba adquiriendo era una parte alícuota de una sociedad con unas pérdidas sustanciales, que no aparecían reflejadas en las cuentas del banco.

En segundo término, efectivamente el error recae sobre el objeto del contrato, sobre la solvencia de la entidad, elemento determinante a la hora de tomar la decisión de adquirir acciones de la entidad bancaria. Como así se ha expuesto, cuando se adquieren acciones, se adquiere una parte alícuota de una determinada sociedad; luego la solvencia de la misma es un elemento esencial,

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana :

Data i hora: 16/10/2019 14:20





resulta evidente que nadie va a adquirir parte de una empresa que está en ruinas o tiene un pronóstico desfavorable de futuro, al margen de meros especuladores. Por ello, la solvencia de la entidad mercantil es un elemento esencial en la toma de decisión de adquirir las acciones.

Finalmente, respecto al carácter excusable del error. Del conjunto de prueba practicada y, como así ya se ha expuesto, consta acreditado que la entidad bancaria a la hora de proceder a la ampliación de capital, no cumplió debidamente con el deber de información al cliente, ya que ofrecía una imagen que no era la real, sobre su solvencia y fortaleza financiera. La ausencia de la información adecuada, como tiene declarado el Tribunal Supremo, en la Sentencia anteriormente reproducida: "no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores"; sin que por el Banco con la prueba practicada haya conseguido desvirtuar tal presunción.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que efectivamente concurren los requisitos exigidos tanto legalmente, art. 1265 y 1266 del Código Civil, como jurisprudencialmente, para apreciar la existencia de un error en el consentimiento, por lo que procede estimar la acción de nulidad ejercitada de la adquisición de las acciones, resultando innecesario analizar la concurrencia o no del dolo contractual invocado por la parte actora.

OCTAVO.- Sobre las consecuencias de la **NULIDAD** declarada.

Dispone el art. 1303 del Código Civil: "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.*"

En base al precepto reproducido, solicita la parte actora que se condene a la demandada a restituirle, la cantidad de 261,66 euros, más los intereses legales de esa cantidad, desde la fecha de compra de cada una de las acciones, con devolución por parte de la actora de todo lo percibido por razón de esas acciones y la devolución de los títulos si fuera posible, así como los dividendos cobrados si los hubiera.

La petición, debe de ser estimada, por lo que procede condenar a la demandada a restituir al actor, la cantidad de 261,66 euros, más el interés legal del dinero, que ha de ser el aplicable a la suma que ha de devolver la parte demandada, debiendo devolver el actor a la demandada las cantidades percibidas por el reparto de dividendos, así como el interés legal generado por estos dividendos desde la fecha de su percepción, si existieran. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC.

NOVENO.- Respecto a la falta de legitimación pasiva de Banco Popular alegada

Codi de Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana ;

Data i hora 16/10/2019 14:20





por la demandada habida cuenta no tuvo ninguna relación ni con el actor ni con la inversión en acciones que éste realizó a través de Caixa Bank, efectivamente estamos ante una adquisición en mercado secundario, pero solo en relación a la primera de las adquisiciones, el 22 de marzo de 2007, pues la segunda se efectuó desde la propia entidad.

En todo caso, la adquisición de las acciones en mercado primario o secundario no afecta al deber de información ni a la legitimación ad causam de BANCO POPULAR .

Resulta evidente que la efectiva influencia en la formación del consentimiento de la información contenida en el folleto informativo es cuestión de fondo del proceso, y dicha información emanada de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. permite constituirle en titular de la relación jurídica contenida en el petitum de la demanda y por ello entender que la relación está válidamente constituida entre las partes litigiosas, apreciando legitimación ad causam de la parte demandada, al ser ésta la entidad emisora de los títulos y autora de la información sobre la que se prestó el consentimiento para su adquisición.

Es verdad que la actora en sus razonamientos no hace explícita referencia a los derechos de adquisición preferente de las acciones, pero ello no es óbice para entender que la referencia a la legitimación pasiva es general, en el sentido de que la compra de las acciones por la entidad actora, constituye una operación global que se inició con la adquisición de los derechos de suscripción, necesarios para proceder la demandante a la compra preferente de acciones procedentes de la ampliación, constituyéndose así en un precedente ineludible integrado en la operación de suscripción de la ampliación y en el precio de coste de la operación, sin justificación alguna para discriminar con eficacia la adquisición de los derechos por un lado y la suscripción preferente de la ampliación a la cual accedía a través de ella.

Si a ello se añade que la compra de los derechos se suscribía en las mismas oficinas del Banco, en el momento de firmar las órdenes de compra de las acciones, todo indica razonablemente que la parte compradora no tuvo conocimiento de que contratara con otro que no fuera el propio Banco o que adquiriría los derechos de un tercero, ajeno a sus designios.

La devolución de los derechos es consecuencia de la aplicación del art. 1303 CC , respecto a las segundas adquisiciones de 5 de diciembre de 2012, en relación a la compra de los derechos para acudir a la ampliación, dentro de la recíproca restitución de las prestaciones de las partes.

DÉCIMO. - La legitimación pasiva ad causam [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas. En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen, lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555N9EXCUIK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana :

Data i hora 16/10/2019 14:20





independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente.

Este juicio descriptivo de la legitimación "ad causam", emitido en la STS 27/6/2011, conduce a apreciar, en el caso presente, una vinculación subjetiva indiscutible del Banco demandado, con la compra de los derechos, precisa para acceder a la suscripción preferente de acciones, que era lo propugnado ante la entidad bancaria por la parte actora, propiciando dicha entidad la consecución de dicho objetivo mediante la compra previa de los derechos de un accionista no interesado en la suscripción de la ampliación, dentro de una operación global concertada y formalizada bajo la gestión del Banco demandado, que le legitima pasivamente para responder de los pedimentos deducidos en la demanda.

En definitiva, la adquisición de las acciones en el mercado primario o secundario no afecta al deber de información claro y veraz de la entidad bancaria ante la cual se comercializa y gestiona la operación. Y la acción ejercitada con carácter principal es de anulación de la orden de compra de las acciones con el efecto, no de la devolución de la cantidad invertida, sino de la restitución de dicha cantidad con sus intereses, debiendo la actora por su parte, hacer entrega de los títulos comprados y con los rendimientos y sus intereses.

En definitiva, la legitimación pasiva la determina la condición de entidad emisora del folleto informativo de las acciones, con independencia de si estas fueron adquiridas durante la oferta pública de suscripción o en el mercado secundario, criterio ya mantenido por la AP Girona, Sección 2ª 12/6/18; también en sentencia de la AP Madrid Sección 3ª de 5 y 11/10/18 y AP Barcelona Sección 17ª de 30/5/19. Y por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2013 donde dice que los inversores que adquirieron acciones a través de la oferta pública sufrieron error en el consentimiento por cuanto el folleto informativo contenía información falseada, debe sostenerse que los posteriores adquirentes en el mercado secundario lo hicieron con fundamento en la información que constaba en el referido folleto, por lo que respecto a los mismos son aplicables las mismas consideraciones relativas al error en el consentimiento padecido.

DÉCIMO-PRIMERO.-En el presente caso, y respecto de la orden de compra de fecha 22 de marzo de 2017 por importe de 3.010,54 euros no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. constituyendo tales perjuicios la falta de posibilidad de cobro de la inversión realizada en la entidad con sus intereses.

Partiendo de estas premisas, considero que la acción que el actor ostenta contra Banco Popular, hoy Banco Santander, es la acción de indemnización de daños y perjuicios por irregularidades en el folleto y en los informes periódicos, ex artículos 38 y 124 LMV.

La demandada manifiesta que la acción de indemnización por inexactitud en el folleto y en los informes periódicos ex arts 38 y 124 de la LMV no procede porque la información que se ofreció reflejaba la imagen fiel de la entidad.

En materia financiera y con el anhelo de garantizar la confianza en el sistema financiero, los Poderes Públicos han venido fijando desde hace años las reglas

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X055N9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana ;

Data i hora 16/10/2019 14:20





Codi Segur de Verificació: RIGY00BZ1COZKSS1J55X0555EN9EXCUK

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Solans Ballarín, Susana :

Data i hora 16/10/2019 14:20

de actuación que las entidades de crédito han de respetar en la comercialización de instrumentos financieros. Incluso antes de la incorporación a nuestro ordenamiento de las reglas MiFID, el art. 79 Ley 24/88 de 28 de julio Mercado de Valores antes citado, imponía a las entidades de crédito, entre otras, las siguientes reglas de conducta: "a) *Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado (...)* c) *Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios (...)* e) *Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados"*. Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, (hoy derogado pero vigente en el momento la fecha de la suscripción de acciones el 22 de marzo de 2007) introdujo mediante anexo un Código general de conducta de los mercados de valores. El art. 4 de este Código disponía que "las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer". Y en relación a la información que estas entidades habían de suministrar a sus clientes, el artículo 5 del texto disponía que "las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos... La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Finalmente, el art. 79 bis LMV apartado 6 dispone que: "*la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente"*.

Es evidente que esta obligación se impone a la entidad comercializadora del producto y no al propio cliente. Era Banco Popular quien tenía que valorar si el actor tenía los conocimientos financieros suficientes para adquirir un producto de naturaleza compleja como eran las obligaciones subordinadas y para proporcionarle cuantos datos fueran necesarios para conocer los riesgos a los cuales sometía su capital con esta inversión. Acerca de la esencialidad de estas obligaciones tiene dicho de forma reiterada nuestro TS que: Como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/14 de 10 de septiembre, *las previsiones normativas anteriores a la trasposición de la Directiva MiFID eran indicativas de*





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: RIGY00BZIC0ZKSS1J55X0555N9EXCUK
Data i hora 16/10/2019 14:20	Signat per Solans Ballarín, Susana

que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no eran meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban 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. (por todas la STS 2/2/17).

En cuanto a los presupuestos de la acción específica de responsabilidad por daños y perjuicios que mantiene la condición de principal respecto de las acciones adquiridas en el mercado secundario, no se puede sostener que se trata de una acción específica de responsabilidad civil derivada del folleto, entre otros motivos porque la compra de marzo de 2007 a la que se circunscribe la petición de daños y perjuicios, es anterior a la publicación del folleto de la ampliación de capital.

De ahí que atendiendo a lo dispuesto en el art.1101 del CC en orden a la responsabilidad contractual, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella.

Respecto a la información a cargo de la entidad financiera, corresponde a la entidad bancaria demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a la ahora demandante de la naturaleza y características del producto, así como de las circunstancias que lo rodeaban, y en particular de las incertidumbres para el año 2016 que aconsejaban aplicar criterios muy estrictos que podrían dar lugar a provisiones o deterioros cuantiosos, acaecimientos determinantes para conformar un conocimiento cabal del cliente inversor.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en e art. 217.2º LEC, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía la operación que ofertó propiciando su contratación.

La entidad bancaria no ha demostrado que informara a la compradora de manera fiel, clara y completa de los avatares del Banco, activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones, que sólo podía resultar, aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario, de lo que se le informara al cliente, bien de forma personal o en el folleto informativo, que respecto a esta primera adquisición de acciones no era el folleto emitido posteriormente para la ampliación de capital de 2016, puesto que la compra es anterior.

Y tratándose de una entidad que prestaba servicios en España, debía disponer





de un sistema de información de datos y difundirlos mediante los informes anuales y financieros semestrales, que contemplan los arts 118 y 119 del TRLMV, con las responsabilidades que establece el art 124.2 de daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los valores como consecuencia de la información no fiel proporcionada.

Realmente, no hay constancia de que esa información se proporcionara a la parte actora y menos que esta fuese veraz y ajustada a la realidad de la entidad, pues ni se ha acreditado el informe personal y directo, ni el documental mediante folleto informativo específico para dicha compra, claro, completo y carente de apreciaciones subjetivas que alteren la situación económica y desfase patrimonial, ni los informes semestrales que muestren las cuentas anuales resumidas, el informe de gestión intermedio y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido y el sometimiento a auditoría de cuentas anuales y su difusión.

Como entiende la jurisprudencia, STS 18/4/2013. *"La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados"*

La falta de prueba de una información eficiente y fiel por parte de la entidad financiera, que como se ha dicho no se ha demostrado, comporta un incumplimiento de las obligaciones inherentes a la naturaleza del contrato y su consecuencia no puede ser otra que la de la condena a la indemnización de los daños y perjuicios reclamada por la parte actora respecto de las acciones adquiridas en el mercado secundario, en aplicación tanto de la normativa sectorial mencionada como de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual en el Código Civil.

DÉCIMO-SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratándose de una estimación de la principal pretensión de la demanda, procede imponer las costas a la parte demandada.

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

FALLO

ESTIMO LA DEMANDA formulada por el Procurador de los Tribunales D. CARLOS-JAVIER RAM DE VIU DE SIVATTE en nombre y representación de D.J. I. contra BANCO SANTANDER S.A y declaro la nulidad de la compra de acciones de Banco Popular realizada por la actora, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato y en concreto, la parte demandada ha de restituir a la parte actora el

Codi Segur de Verificació: RIGY00BZT1COZK\$S1J55X055S9EXCUK

Signat per Solans Ballarín, Susana ;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html>

Data i hora: 16/10/2019 14:20





principal invertido (261,66 euros), con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la compra acciones. Y la parte actora ha de restituir, en el caso de que haya percibido dividendos, las cantidades recibidas en tal concepto con los intereses legales desde la fecha de su cobro. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC. Así mismo deberá proceder a la devolución de los títulos.

Estimar la acción de resarcimiento por daños y perjuicios en relación a la compra en el mercado secundario el 22 de marzo de 2007 de las acciones de BANCO POPULAR por lo que condeno a la entidad demandada al pago de 3010,54 euros más los intereses desde la fecha de la presente resolución.

Todo ello con imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que esta Sentencia no es firme, y que contra la misma cabe recurso de apelación, que deberá interponerse ante este Juzgado, en un plazo de veinte días desde su notificación, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona.

Háganse las anotaciones correspondientes en el libro de asuntos y llévase las presentes al Libro Legajo de Sentencias y Autos de este Juzgado y testimonio de la misma a los autos principales.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://sejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: RIGY00BZIC0ZKSS1J55X0555N9EXCUK
Data i hora 16/10/2019 14:20	Signat per Solans Ballarín, Susana ;

