



## JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 06 DE MÓSTOLES

Pz. Ernesto Peces 2 , Planta 1 - 28931

Tfno: 916647238

Fax: 916659909

42020310

NIG: 28.092.00.2-2019/0017557

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1604/2019**

Materia: Otros asuntos de parte general

**Demandante:** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

**Demandado:** BANCO SANTANDER S.A

PROCURADOR D./Dña.

### SENTENCIA Nº 389/2020

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. ELENA CORTINA BLANCO

**Lugar:** Móstoles

**Fecha:** veintitrés de diciembre de dos mil veinte

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. Elena Cortina Blanco, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Móstoles y su partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado con el número 1604/2019 a instancia de D. \_\_\_\_\_, representado por el/la Procurador/a D./Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger y asistido por el/la Letrado D./Dña. Miguel Ángel Durán Muñoz contra BANCO SANTANDER S.A., representado por el/la Procurador/a D./Dña. \_\_\_\_\_ y asistido por el/la Letrado D./Dña. \_\_\_\_\_, habiendo recaído la presente resolución con base en los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la indicada presentación procesal de la actora se interpone demanda de juicio ordinario en la que, expuestos los hechos y alegados los fundamentos jurídicos en que basa su pretensión, termina por suplicar del Juzgado se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en la misma.

**SEGUNDO.-** Por turnada la anterior demanda, correspondió a este Juzgado, dictándose Decreto por el que se admite a trámite con sus documentos y copias, emplazándose a la parte demandada a fin de que se persone en autos y conteste a la demanda en el término improrrogable de veinte días.

**TERCERO.-** Personada en autos la parte demandada, formula contestación a la demanda, mostrando su disconformidad con los hechos tal y como son expuestos de contrario y, alegados los fundamentos de derecho que estima aplicables al caso, suplica del Juzgado se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y se absuelva a la demandada y todo ello sin imposición de costas.



Madrid



**CUARTO.-** En virtud de Diligencia de Ordenación se convocó a las partes a la audiencia, previa al juicio, prevenida en el art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, celebrándose la misma en el día y hora fijada al efecto con el resultado que obra en autos, al cual nos remitimos en aras a la brevedad y señalándose fecha para la celebración de juicio.

**QUINTO.-** Compareciendo las partes al acto del juicio, fueron practicadas las pruebas propuestas y admitidas por el tribunal, con lo que, formuladas oralmente por las partes sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y el resultado de las pruebas practicadas, se dio por terminada la vista, quedando los autos conclusos para sentencia.

**SEXTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han seguido los preceptos y prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Pretensiones de las partes**

En la demanda rectora de los presentes autos se ejercita la acción de responsabilidad prevista en el art. 124 TRLMV, derivada del incumplimiento por la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. de las obligaciones informativas previstas en los arts. 118 y 119 de dicho texto legal, en relación con el informe financiero anual y semestral, con la consiguiente indemnización por los daños y perjuicios causados a la actora, reclamándose la suma de 3.112.500 euros, equivalente al importe de lo invertido en valores perpetuos eventualmente convertibles (*contingent convertible*) en acciones ordinarias de BANCO POPULAR (PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. I/2015), adquiridas en fecha 16.4.2015, sin minorar con los rendimientos que, en su caso, se hubieran percibido por la actora, más los intereses devengados desde la reclamación extrajudicial y, subsidiariamente, de la judicial y hasta el momento en que se dicte sentencia y, desde la misma, los intereses del art. 576 LEC; subsidiariamente y para el caso de que se considere que la indicada suma debe minorarse en los rendimientos obtenidos por la demandante, solicita se incremente en los intereses legales desde la fecha de la inversión o, subsidiariamente, desde la reclamación extrajudicial o, también subsidiariamente, de la judicial.

Con carácter subsidiario se ejercita la acción de responsabilidad contractual prevista en el art. 1101 CC, con las mismas consecuencias indemnizatorias expresadas supra.

Los hechos rectores serían, sustancialmente:

- En fecha 6.2.2015, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., comunicó la emisión de valores perpetuos eventualmente convertibles en acciones ordinarias del Banco de nueva emisión (las PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. I/2015).

Según la comunicación de Banco Popular Español, S.A., la emisión fue objeto de un Oferring Circular aprobado e inscrito en la Irish Stock Exchange y que se complementa con la información financiera anual, semestral y trimestral registrada en

los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores correspondiente a los periodos cerrados a 31 de diciembre de 2012, 31 de diciembre de 2013, 30 de junio de 2014, 30 de septiembre de 2014 y 30 diciembre de 2014.

-En fecha 16.4.2015, el Sr. Bahamonde adquirió, mediante orden de compra en el mercado secundario, valores perpetuos eventualmente convertibles (*contingent convertible*) en acciones ordinarias de Banco Popular (las denominadas "PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. 1/2015"), por importe de 3.112.500 euros. La entidad depositaria de los títulos fue

- El demandante ha desempeñado el cargo de Consejero-Delegado de .. durante 25 años. Sin embargo, en el momento en que efectuó la inversión objeto de la presente demanda, estaba jubilado.

Reconociéndose que el demandante tiene experiencia acreditada en materia de inversiones financieras fruto de su trayectoria profesional, se explica que fue, precisamente, por esa razón que adquirió dicho producto, coma consecuencia de la imagen de solvencia que dicha entidad financiera transmitía tanto a los mercados, como a la sociedad en general.

Se afirma, sustancialmente, para sostener la pretensión que la adquisición de las Participaciones Preferentes se efectuó en base a la supuesta solvencia financiera de dicha entidad financiera y, sobre todo, en base a que se trataba de una entidad financiera que supuestamente cumplía aparentemente con las obligaciones legalmente establecidas, que nuestro ordenamiento jurídico impone a las compañías que cotizan en bolsa. El demandante confió en la apariencia de formalidad, solvencia y corrección de la entidad y, asimismo, en que, supuestamente, transmitía información económica (a los organismos reguladores, en este caso, a la CNMV, así como al Registro Mercantil y al Banco de España o a las autoridades y organismos de la Unión Europea y al mercado en general) que debía representar la imagen fiel de la compañía.

En este sentido, es preciso señalar que la entidad emisora de los valores siempre publicó y comunicó a los organismos competentes, así como a los registros públicos, datos e informes económicos, así como folletos informativos sobre sus productos, que señalaban y sostenían la solvencia financiera de dicha compañía, así como unos resultados económicos que ni tan siquiera sugerían la posibilidad de la existencia de pasivos financieros o pérdidas; menos aún una supuesta situación de insolvencia o de dificultades que pudieran conllevar una intervención del banco.

Los hechos posteriores a la intervención han demostrado, sin embargo, que se falseó dicha información financiera, aparentando una situación de normalidad con relación al banco, de fortaleza que, en realidad, no existía.

En consecuencia, cuando el demandante adquirió dichos valores, no tenía conocimiento alguno de que dicho banco atravesase ningún tipo de dificultad, menos aún las dificultades que realmente atravesaba dicha entidad financiera, ni tampoco tenía sospecha alguna respecto de que la situación financiera de la entidad fuese negativa y



mucho menos que las cuentas de la entidad no reflejasen la imagen fiel o que no fuesen ciertas.

No se advirtió en absoluto que los estados financieros que se incorporaron a las cuentas anuales, folletos, e informes periódicos no fuesen ciertos y que, por tanto, no reflejaban la imagen fiel de la situación financiera de dicho Banco, aparentándose una situación de normalidad, de fortaleza que en realidad no existía.

Además, tras la inversión realizada, no se advirtió nunca al demandante de lo que realmente sucedía en dicha entidad financiera hasta que, finalmente, estalló el escándalo el día 7 de junio de 2017, que conllevó la amortización y pérdida total de la inversión realizada.

Fue con ocasión de este hecho cuando se puso de manifiesto que por parte de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. (entidad que ha sido sucedida por la demandada, BANCO SANTANDER S.A.) se había transmitido a los inversores una información sobre su solvencia que no se correspondía con la realidad.

Los informes financieros anuales y semestrales constituyen documentos esenciales para valorar la conveniencia de la inversión, de manera que cuando dichos documentos no reflejan información precisa y real, el inversor llega a conclusiones equivocadas acerca de la inversión que va a realizar.

En los meses sucesivos a la última aplicación de capital, incluso habiéndose visto obligado BANCO POPULAR a corregir las cuentas anuales que sirvieron de base para preparar el folleto informativo de la última ampliación y pese a reconocerse una serie de pérdidas, la entidad siguió afirmando que su solvencia estaba por encima de los requisitos exigidos y desmintió que existiera un riesgo de quiebra. No obstante lo cual, el 6.6.2017 se puso en marcha el Mecanismo Único de Resolución a través de la JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN, que solicitó ofertas de compra, siendo que el 7.6.2017 el FROB aprobó la venta de BANCO POPULAR a BANCO SANTANDER por 1 euro, tras la decisión adoptada por la J.U.R. tras ser declarado insolvente el BANCO POPULAR. La operación fue ejecutiva de manera inmediata y BANCO SANTANDER se convirtió en propietario del 100% del capital de BANCO POPULAR desde la firma del acuerdo de 7.6.2017, dando el BANCO DE ESPAÑA su conformidad. Se llevaron a cabo dos operaciones: la amortización de todas las acciones ordinarias de BANCO POPULAR y la conversión de la deuda subordinada y bonos subordinados convertibles contingentes en acciones de nueva emisión que, a su vez, fueron adquiridas por BANCO SANTANDER por el precio de 1 euro.

Por lo tanto, la información presentada por BANCO POPULAR al público general y sus inversores a través de las cuentas anuales e información financiera cuanto menos desde el año 2012 y hasta el mes de junio de 2017 no cumplió con los requisitos de transparencia y fiabilidad.

De manera que la pérdida de valor de las PARTICIPACIONES PREFERENTES nada tiene que ver con la fluctuación que su valor puede sufrir, sino con la ocultación de la verdadera situación financiera de BANCO POPULAR a partir del año 2012, siendo que, si la misma hubiera sido conocida, jamás se habría realizado la inversión que nos



ocupa y/o se habrían podido tomar las decisiones más convenientes acerca del mantenimiento de los títulos.

La demandada se opone a la anterior pretensión solicitando la desestimación de la demanda, invocando, como cuestión previa, la imposibilidad de exigir responsabilidad a la entidad emisora cuando se ejercita por el inversor la acción indemnizatoria por incumplimiento de los deberes de información previstos en el art. 124 de la Ley de Mercado de Valores por impedirlo la Ley 11/2015, Directiva 2011/59 y Reglamento UE de 15.6.2014.

Y, en cuanto al fondo, sustancialmente, se niega la premisa, que sustenta la pretensión de la actora, de que la entidad ofreciera al mercado una información veraz y completa sobre su situación económico-financiera desde el año 2012, afirmación que carece de cualquier sustento probatorio.

Explica que:

-El demandante adquirió las Participaciones Preferentes en el mercado secundario, a través de un tercero (Union Bancaire Privée, UBP S.A.), siendo tales Participaciones Preferentes títulos de deuda de renta fija, emitidos y garantizados por Banco Popular, sin la garantía del Fondo de Garantía de Depósitos ni de ningún otro tercero, emitidas a perpetuidad con la posibilidad de amortización a decisión del emisor a partir del quinto año (10 de abril de 2020) o de su conversión obligatoria en acciones de nueva emisión de Banco Popular en determinados supuestos, que retribuirían con una rentabilidad superior a la convencional y que cotizaban en un mercado secundario (podían venderse en cualquier momento), asumiendo la subordinación de los valores en el orden de prelación de créditos en caso de inviabilidad del emisor. El principal riesgo de la inversión, por tanto, residía en la subordinación, directamente relacionada con la situación del emisor, pues, si incurría en una situación de insolvencia, inviabilidad, disolución, liquidación u otra circunstancia análoga, los créditos de los titulares de participaciones preferentes se situarían por detrás de los depositantes de la entidad, de los acreedores privilegiados y comunes y de los titulares de deuda subordinada, de tal modo que los adquirentes podrían perder parte o todo el capital invertido (sin perjuicio de los rendimientos que ya hubiesen percibido hasta esa fecha). La asunción de ese riesgo por el inversor era la contrapartida de la alta rentabilidad.

-La inversión se llevó a cabo por una persona con unas relevantes circunstancias personales. Tal y como se reconoce en la demanda, se trataba de un “inversor profesional”, que contaba con una “experiencia acreditada en materia de inversiones financieras fruto de su trayectoria profesional”. El demandante fue consejero en entre enero de 1999 y abril de 2013, siendo, además, uno de los principales accionistas de este banco, con una participación del 3,65% en el capital social de la entidad.

Es significativo que, de forma similar a lo que ocurriera con Banco Popular, en abril de 2013, fue objeto de adquisición por Banco Sabadell por el precio de un euro. Esta operación tuvo lugar en el marco de un proceso de saneamiento de la entidad que atravesaba severas dificultades económicas, y que ya



había tenido que ser saneada previamente por el FROB por medio de una inyección de liquidez de 245 millones de euros.

Como accionista significativo de \_\_\_\_\_, el actor sufrió las consecuencias de la reestructuración de la entidad, que se tradujeron en la pérdida total del importe de su inversión en el capital social de la entidad bancaria. La operación de reestructuración de \_\_\_\_\_, llevada a cabo por el FROB y su culminación, tras el correspondiente proceso competitivo, con la venta de la entidad a Banco Sabadell, fue objeto de un procedimiento judicial sustanciado ante la Audiencia Nacional a instancia de los principales accionistas de la entidad (entre los que se encontraba el Sr. \_\_\_\_\_ que habían perdido su inversión en el capital social de \_\_\_\_\_).

La Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 11 de abril de 2018 [recurso núm. 582/2016], declaró en el seno de esas actuaciones que: “los accionistas debían ser los primeros en soportar pérdidas, lo que se traduce en el deber jurídico de soportar el pretendido daño generado, precepto legal que dimana de la propia naturaleza jurídica del instituto de la "acción" como participación en la capital social de las sociedades mercantiles, y llamado a responder frente a terceros”. La sentencia del Tribunal Supremo 119/2018, de 29 de enero que puso fin al procedimiento, confirmó íntegramente el fallo de la sentencia de la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y declaró la legalidad de la actuación del FROB en el proceso de reestructuración de \_\_\_\_\_ y, en particular, de la venta de la entidad a Banco Sabadell por un euro

El demandante era cliente y operaba con Union Bancaire Privée (UBP), uno de los mayores bancos privados suizos, con sede en Ginebra y uno de los mejor capitalizados, con un ratio tier 1 del 28%. En concreto, UBP está especializado en la gestión de patrimonio de clientes institucionales. Los clientes de UBP pueden optar por diferentes servicios de asesoramiento financiero, pudiendo llegar a beneficiarse de un asesoramiento proactivo de los gestores de la entidad a través de las modalidades “premium” y “partner”.

El actor es titular, además, de un importante patrimonio inmobiliario.

El Sr. \_\_\_\_\_ con motivo de su profesión, estaba asesorado por economistas, expertos en finanzas y abogados internos y externos. Con anterioridad a la adquisición de las participaciones preferentes y con motivo de su profesión como consejero delegado de una entidad bancaria, el actor se había rodeado de un equipo de profesionales en diversas materias, incluyendo economistas, expertos en finanzas y abogados.

El demandante era un inversor profesional, de acuerdo con el art. 205 del TRLMV, tratándose de una persona con la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (art. 215.1 del TRLMV), que no requería de elementos informativos de protección para formarse un juicio razonado sobre una potencial inversión (o desinversión), puesto que tenía a su alcance otros medios de conocimiento y cauces informativos suplementarios y sustitutivos.



- Desde hacía años Banco Popular se encontraba expuesto a particulares riesgos de diferente naturaleza, fundamentalmente debido a la depreciación sufrida por su extensa cartera de activos inmobiliarios y a las exigencias de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora. Esa situación financiera había impuesto que en 2012 se hubiesen de captar fondos del mercado a través de una ampliación de capital de casi 2.500 millones de euros; y que en 2016 se hubiese de volver a ampliar capital por un importe efectivo total superior a ese importe.

- Los folletos informativos de las ampliaciones de capital de Banco Popular de 2012 y 2016 advirtieron de los concretos riesgos asociados a las emisiones. Fueron supervisados, aprobados y registrados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). La información financiera fue también revisada por la firma de auditoría PricewaterhouseCoopers (PWC), que emitió una opinión favorable sin salvedades. Las autoridades regulatorias en ningún momento reprocharon cuestión alguna a la información facilitada con motivo de las ampliaciones.

- Tampoco se ha acreditado la existencia de defecto alguno en los estados financieros anuales publicados entre los años 2012 y 2016 (tampoco en los semestrales). De hecho, (i) la demanda y el informe pericial que le acompaña no analizan en forma alguna los estados financieros de los ejercicios 2012 a 2015, (ii) se dedican unas pocas páginas del informe pericial a las cuentas anuales de 2016; y (iii) en ningún caso se identifican errores concretos en los estados financieros anuales (o semestrales) de estos años, sino que en términos genéricos se alude a la existencia de supuestos defectos identificados de la pretendida comparación de los estados financieros correspondientes al primer trimestre de 2017 y lo publicado con anterioridad .

- Las circunstancias que sucedieron más de dos años después de la inversión nada tienen que ver con defecto informativo alguno. Las Participaciones Preferentes se vieron afectadas por las decisiones de la potestad administrativa europea en el ejercicio de sus facultades coactivas jurídico-públicas por la situación sobrevenida de iliquidez que sufrió el Banco ante las retiradas masivas de depósitos.

Banco Popular fue afectado por un proceso de resolución que se ordenó e implementó el 7 de junio de 2017 de acuerdo con lo dispuesto por la autoridad europea competente (la JUR). Circunstancias de diferente naturaleza, que se sucedieron durante mayo y los primeros días de junio de 2017, provocaron alarma, una severa pérdida de confianza y un grave daño reputacional entre muchos clientes, que retiraron masivamente los fondos que tenían depositados en la entidad (se retiraron más de siete mil millones de euros durante los primeros días hábiles de junio previos a la resolución).

El dispositivo de resolución de la entidad estableció entre sus medidas la amortización (extinción) de todas las acciones de Banco Popular que estaban admitidas a negociación en bolsa, la conversión de todos los instrumentos de capital adicional de nivel 1 (bonos contingentemente convertibles en acciones y participaciones preferentes) en acciones y su amortización, y el canje o conversión de la totalidad de los instrumentos de capital de nivel 2 (obligaciones subordinadas) en acciones de nueva emisión y la venta de esas acciones a Banco Santander.

-Por ministerio de ese acto administrativo dictado de acuerdo con lo previsto normativamente, por tanto, las Participaciones Preferentes adquiridas por el demandante



fueron convertidas en acciones y posteriormente amortizadas, por lo que el actor, al igual que todos los demás inversores de esa condición, dejó de ser tenedor de esos títulos.

-La demanda pretende subvertir el régimen legal, que hace recaer sobre los accionistas y titulares de instrumentos de capital las pérdidas derivadas de la inviabilidad de la entidad y excluye cualquier derecho a indemnización por imperativo legal.

Concluye que no se cumplen los presupuestos para que la pretensión ejercitada por la actora al amparo del art. 124 LMV pueda prosperar.

### **SEGUNDO.- Hechos Incontrovertidos y Hechos Notorios**

Sentado el litigio en los anteriores términos, ha resultado incontrovertido que:

1.- En fecha **4.2.2015**, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., comunicó la emisión de las denominadas "PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. 1/2015", valores perpetuos eventualmente convertibles (*contingent convertible*) en acciones ordinarias de Banco Popular.

Según la comunicación de Banco Popular Español, S.A. (doc. 1C de la demanda), la emisora había solicitado su cómputo como "capital de nivel 1 adicional (*Additional Tier 1*) de conformidad con lo establecido en el Reglamento (UE) nº575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión".

La emisión se dirigía sólo a inversores cualificados

Y se solicitaría su admisión a cotización en el Mercado organizado no regulado (Global Exchange Market) de la Bolsa de Irlanda (Irish Stock Exchange).

2.- Según el anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha **6.2.2015** (doc. 1B de la demanda) la emisión de Participaciones Preferentes que son objeto de la presente litis se realizó en ejecución de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de Banco Popular Español, S.A. en fechas 23 de abril de 2014 y 28 de enero de 2015, y por la Comisión Delegada de 3 de febrero de 2015, al amparo de la autorización conferida por la Junta General Ordinario de accionistas de 10 de junio de 2013.

Se indica que la Emisión fue objeto de un Offering Circular aprobado e inscrito en la Irish Stock Exchange y que se complementa con la información financiera anual, semestral y trimestral registrada en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores correspondiente a los periodos cerrados a 31 de diciembre de 2012, 31 de diciembre de 2013, 30 de junio de 2014, 30 de septiembre de 2014 y 30 diciembre de 2014.





En el anuncio publicado por Banco Popular en el registro mercantil se detallan las características de esta concreta emisión de participaciones preferentes:

«Emisor: Banco Popular Español, S.A.

Legislación aplicable: Las participaciones se emiten de acuerdo con la legislación española y en especial de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (el "Reglamento 575/2013") y demás normativa específica que resulte de aplicación.

Destinatarios de la Emisión: La Emisión está dirigida exclusivamente a *inversores cualificados*.

Perfil del Inversor: Banco Popular ha calificado este producto como *complejo y de riesgo alto*.

Importe nominal de la Emisión: Setecientos cincuenta millones (750.000.000 €) de euros.

Valor nominal unitario: Doscientos mil (200.000€) euros. Las Participaciones Preferentes se emiten a la par, siendo el importe efectivo de la Emisión setecientos cincuenta millones de euros.

Número de Participaciones Preferentes: 3.750 perteneciendo todas ellas a una única serie y con los mismos términos y condiciones...

Fecha de Emisión y Desembolso: Previsto para el 12 de febrero de 2015.

Fecha de vencimiento: La Emisión es *perpetua* (siendo las Participaciones Preferentes eventualmente convertibles en acciones ordinarias del Banco de nueva emisión, de acuerdo con los Términos y Condiciones), por lo que *carece de fecha de vencimiento*.

*Amortización anticipada a opción del Emisor.* El Emisor podrá amortizar anticipadamente la totalidad de las Participaciones Preferentes, previa obtención de las autorizaciones pertinentes, en los siguientes supuestos: (a) en cualquier fecha de pago de la Remuneración que tenga lugar en o con posterioridad a la primera fecha de revisión de la remuneración (First Reset Date), el 10 de abril de 2020, de acuerdo con los Términos y Condiciones; y/o (b) en el supuesto de que cualquier cantidad correspondiente a las Participaciones Preferentes (Liquidation Preference) dejase de computar como Additional Tier 1 Capital, de acuerdo con lo indicado en los Términos y Condiciones; y/o (e) en el supuesto de que la Remuneración no fuese fiscalmente deducible o que dicha deducibilidad se viese significativamente reducida; o en el caso de que, el Banco estuviese obligado a abonar importes adicionales en concepto de gross-up; todo ello de acuerdo con lo previsto en los Términos y Condiciones.

Exclusión del derecho de suscripción preferente y procedimiento de suscripción: la Emisión se realiza con exclusión del derecho de suscripción preferente de los accionistas de Banco Popular.



**Suscripción:** La suscripción formal de las Participaciones Preferentes será única, de una sola vez y tendrá lugar en la Fecha de Emisión y Desembolso, prevista para el 12 de febrero de 2015.

**Remuneración:** Si se dan las condiciones para el devengo y pago de la Remuneración (Distributions), de acuerdo con los Términos y Condiciones: (a) desde la fecha de desembolso (incluida) hasta la primera fecha de pago de la remuneración (excluida) (el 10 de abril de 2015, de acuerdo con los Términos y Condiciones), un importe igual a 2.612,50 euros por cada valor nominal unitario (Liquidation Preference) de las Participaciones Preferentes; (b) desde la primera fecha de pago de la remuneración (incluida) hasta la primera fecha de revisión de la remuneración (excluida) (First Reset Date) (el 10 de abril de 2020, de acuerdo con los Términos y Condiciones), un tipo anual del 8,25%; y (c) en cada período de revisión (Reset Period), un tipo anual equivalente a la suma de un margen inicial (Initial Margin fijado en el 8,179%, de acuerdo con los Términos y Condiciones) y las Cotizaciones del Tipo Mid-Swap a 5 años (5-year Mid-Swap Rate Quotations), de acuerdo con los Términos y Condiciones.

**Fecha de pago de la remuneración:** La Remuneración se pagará los días 10 de enero, 10 de abril, 10 de julio y 10 de octubre de cada año, comenzando el 10 de abril de 2015.

**Relación de conversión:** La Relación de Conversión será el cociente entre el nominal de las Participaciones Preferentes y el precio de conversión (el "Precio de Conversión").

**El Precio de Conversión:** El Precio de Conversión será la *media de los precios medios ponderados por volumen de la acción de Banco Popular correspondiente a los cinco días de cotización anteriores al día en que se anuncie que se ha producido el supuesto de conversión correspondiente, con un mínimo de 1,889 euros por acción* (al que resultarán de aplicación las cláusulas antidilución habituales en este tipo de operaciones que se contemplan en los Términos y Condiciones), *y sin que en ningún caso puedan emitirse acciones por debajo de su valor nominal* (que en la actualidad asciende a 0,50 euros).

**Carácter convertible de las Participaciones Preferentes. Supuestos de Conversión:** Las Participaciones Preferentes se *convertirán obligatoriamente en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Popular si Banco Popular o su grupo presentan una ratio de capital de nivel 1 ordinario (ratio de Common Equity Tier 1) inferior al 7%, calculada con arreglo al Reglamento 575/2013, o cualquier otra normativa de recursos propios aplicable en cada momento al Emisor. Admisión a negociación: Mercado organizado no regulado (Global Exchange Market) de la Bolsa de Irlanda (Irish Stock Exchange).*

**Orden de prelación:** Las Participaciones Preferentes se situarán, en orden de prelación:

- (i) por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del Banco;
- (ii) en el mismo orden de prelación (pari passu) que las demás emisiones de participaciones preferentes, acciones preferentes u otros valores con el mismo rango que



las Participaciones Preferentes que el Banco haya emitido (o garantizado) o pueda emitir (o garantizar),

(iii) por delante de aquellos valores que el Emisor haya emitido o que pueda emitir, y que cuenten con un orden de prelación subordinado respecto de las Participaciones Preferentes; y

(iv) por delante de las acciones ordinarias del Banco.

*Garantías:* La Emisión cuenta con la *garantía personal del patrimonio del Emisor, y no se garantiza especialmente mediante garantía alguna de terceros o real de ningún tipo*".

Se aporta como documento número 1C la comunicación del Hecho Relevante publicado por Banco Popular Español, S.A. en fecha 4 de febrero de 2015.

3.- El demandante, Sr. \_\_\_\_\_ adquirió en fecha **16.4.2015**, a través de UNION BANCAIRE PRIVEË, UBP S.A., los valores perpetuos eventualmente convertibles (*contingent convertible*) en acciones ordinarias de Banco Popular (las denominadas "PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. 1/2015"), por importe de 3.112.500 euros (doc. 1D de la demanda).

4.- El Sr. \_\_\_\_\_ fue miembro del Consejo de Administración de \_\_\_\_\_ desde (según reconoce en prueba de interrogatorio) el año 1993 y hasta abril de 2013 (según información extraída del Registro Mercantil Central aportada como doc. 41 de la contestación). Además, se encontraba entre los accionistas más significativos de dicha entidad, según informe anual de \_\_\_\_\_ del año 2010 aportado como doc. 42 de la contestación), siendo su participación en el capital social de un 3,79%.

Constituyen hechos notorios y así se colige de los docs. 43 a 45 de la contestación, que \_\_\_\_\_ se vio inmerso en el proceso de reestructuración bancaria, siendo que el FROB adquirió la práctica totalidad del capital social. Tras recibir inyecciones de dinero público, fue comprado por BANCO SABADELL por 1 euro en fecha 19.4.2013.

En segundo lugar, resulta imprescindible establecer una serie de "**hechos notorios**", que, por tal razón, no necesitan prueba, de conformidad con lo ordenado en el art. 281.4 LEC ("*no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*") y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS Sala 1ª, de 12 de junio de 2007 o STS, Sala 1ª, de 26 de abril de 2013) y, muy especialmente, la **sentencia del Tribunal Supremo N°: 24/2016, de fecha 03/02/2016; Recurso N°: 1990/2015; Ponente Excmo. Sr. D.:** \_\_\_\_\_ : "*el recurso a los "hechos notorios" no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia*".

Estos hechos serían, en resumen, atendida la documentación obrante en autos, así como la abundante doctrina jurisprudencial que se está formando al respecto de los "hechos notorios" relacionados con las ampliaciones de capital de BANCO POPULAR



de los años 2012 y 2016 ( a título de ejemplo, SAP, Valladolid sección 3 del 02 de abril de 2019 Sentencia: 131/2019 Recurso: 640/2018 Ponente:

SAP Santander sección 2 del 07 de febrero de 2019

Sentencia: 67/2019 Recurso: 824/2018 Ponente:

sAP Barcelona sección 17 del 17 de enero de 2019 Sentencia: 30/2019 Recurso:

693/2018 Ponente:

) los siguientes:

#### A/ AMPLIACIÓN DE CAPITAL DE 2012:

Interesa poner de manifiesto que, con ocasión de la Ampliación de Capital de 2012, la entidad BANCO POPULAR facilitó al mercado la siguiente información:

-En el **informe del tercer trimestre de 2012**, la entidad destaca, como aspectos relevantes, los siguientes: *“El contexto económico y regulatorio ha continuado generando inestabilidad en los mercados financieros y en el sistema bancario, a pesar de lo cual Grupo Banco Popular ha seguido siendo capaz de hacer valer su modelo de negocio y generar una fuerte base de ingresos recurrentes. En este complicado entorno, Banco Popular ha sido capaz de adaptarse a dichos cambios manteniendo la rentabilidad intrínseca de su negocio, a la vez que ha gestionado la liquidez del banco y fortalecido la base de capital y la solvencia del Grupo. Es importante destacar el comportamiento de los ingresos del 9M12, que han crecido un 29,6%”*. También se explica que: *“como resultado de los ejercicios de stress realizados a la banca española por la consultora Oliver Wyman, Banco Popular ha superado las necesidades de capital del escenario base. No obstante, en el escenario adverso de dicho ejercicio, Banco Popular ha reflejado unas necesidades teóricas de capital por 3.223Mn€. A pesar de la baja probabilidad de ocurrencia de dicho escenario (inferior al 1%), Banco Popular ha decidido cumplir con dichas exigencias sin tener que recurrir a ningún tipo de ayuda pública, manteniendo así la tradicional línea de independencia de la entidad.*

*Es por ello que el banco ha decidido realizar una ampliación de hasta 2.500mn€ para afrontar las provisiones aceleradas de los dos ROL y cumplir así con las exigencias de 105 nuevos estándares de capital y los citados ejercicios de stress. Como resultado, Banco Popular será una de las entidades mejor provisionadas y capitalizadas de España y Europa, con una cobertura de pérdidas esperadas de su cartera a 30 de septiembre, incluyendo fallidos, cercana a 119 % de su balance en 2013.”*

Y concluye que: *“Tras los saneamientos acelerados y el plan de recapitalización, Popular será la entidad más provisionada con mayor solvencia y rentabilidad entre sus comparables”*.

- BANCO POPULAR realizó en el año 2012 el aumento de capital social anunciado, siendo que de la **Nota sobre las Acciones** de dicho Aumento de Capital registrado en la CNMV el **12 de noviembre de 2012** se explica, primeramente que *“La adquisición e integración de Banco Pastor, S.A. (“Banco Pastor”) posiciona al Grupo como uno de los seis bancos de mayor tamaño en el sector financiero español. La adquisición de Banco Pastor se realizó por medio de una Oferta Pública de Adquisición (OPA) voluntaria que valoró la 1.362 millones de euros y supuso una prima para los accionistas del 26% respecto al precio de cierre del 7 de octubre de 2011. A resultas de la OPA, Banco Popular adquirió el 100% del capital social y derechos de voto de Banco Pastor. Con efectos desde 28 de junio de 2012 se llevó a*



*cabo la fusión por absorción de Banco Pastor. Los requisitos de capital, cada vez más estrictos, constituyen una de las principales preocupaciones de los reguladores respecto de las entidades financieras. En este sentido cabe destacar que el Gobierno español ha aprobado a lo largo del año 2012 varios Reales Decretos-Ley, con el objetivo de fortalecer el sector financiero, mediante la imposición de requisitos de capital más exigentes”.*

Enmarca el Aumento de Capital dentro del Plan de Recapitalización del Banco aprobado por el Banco de España el pasado 31 de octubre de 2012 con el objetivo atender al déficit de capital, señalado en el escenario adverso, resultante de las pruebas de esfuerzo realizadas por la firma Oliver Wyman.

El Aumento de Capital en virtud del cual se emitirán Acciones Nuevas tuvo un importe nominal de 623.441.396,40 euros, y un importe efectivo total de 2.499.999.999,56 euros, y se realizó mediante la emisión y puesta en circulación de 6.234.413.964 acciones ordinarias de nueva emisión, de 0,10 euros de valor nominal cada una de ellas.

Los mismos datos se reflejan en el Documento **Resumen** de los términos y condiciones esencial del aumento de capital.

E inmediatamente después de la Ampliación se ofrece la siguiente información:

1.- En el **informe del cuarto tercer trimestre de 2012**, la entidad destaca, como aspectos relevantes, los siguientes: *“El cuarto trimestre de 2012 ha marcado un hito en la historia de Banco Popular tras culminar con éxito una ampliación de capital de 2.500 Mn€ y realizar unos saneamientos masivos que le permitirán mantener el mayor nivel de cobertura de sus bancos comparables. 2012 ha sido un año en su conjunto muy complicado en el que el banco ha tenido que sortear una economía española en recesión, unos tipos de interés mínimos con una competencia agresiva en el pasivo minorista así como constantes cambios regulatorios... En este difícil entorno, podemos afirmar con satisfacción que el Grupo mantiene sus señas de identidad intactas ya que mantiene la mayor rentabilidad operativa del sector, a la vez que ha gestionado la liquidez del banco de una manera muy prudente, fortalecido su base de capital y la solvencia del Grupo hasta niveles de liderazgo a pesar de haber realizado saneamientos masivos Todo ello ha derivado en un resultado contable en el año de -2.461Mn€, aunque excluyendo el ejercicio de provisiones aceleradas, el banco habría obtenido un resultado positivo de 520Mn€ en 2012.”*

Y concluyendo *“Banco Popular afrontó durante este trimestre un proceso de recapitalización y fortalecimiento de balance mediante una ampliación de capital sin precedentes en la historia del banco por un total de 2.500Mn€, cubriendo anticipadamente con provisiones cualquier escenario económico adverso para 2013 y 2014, y evitando cualquier tipo de ayuda pública.*

*Como resultado, Banco Popular es ya una de las entidades mejor provisionada y capitalizada de España y Europa, con una cobertura acumulada de pérdidas estimada a cierre de año del 16% de su balance en España. A pesar del enorme esfuerzo en*



provisiones, gracias a la ampliación de capital y la eficiente gestión de los recursos de capital, nuestra cifra de Core Capital EBA a final de año permanece en el 10,1%".

2.- En el informe del primer trimestre de 2013, la entidad destaca, como aspectos relevantes, los siguientes : "Durante el primer trimestre de 2013, Banco Popular ha seguido mostrando la fortaleza de su negocio y reforzando su balance en un entorno que sigue marcado por la inestabilidad económica y regulatoria tanto en España como en la Eurozona. En el 1T13, Banco Popular ha obtenido un beneficio neto de 104Mn€, un 4% más que el mismo trimestre del año anterior. Esta mejora del beneficio en un entorno con aún fuerte esfuerzo en provisiones, descansa en un fuerte margen de explotación que crece en más de un 7% frente al 4T12 así como en nuestra demostrada capacidad para generar plusvalías." Explica que: "Durante el 1T13 el Banco ha conseguido un nivel de resultados extraordinarios elevado, demostrando una vez más nuestra capacidad de generar plusvalías de manera recurrente. En total se han conseguido 195Mn€ de plusvalías y 41Mn€ de recuperación de fallidos, sumando un total de 236Mn€." Y destaca la excelente oposición de liquidez y solidez

#### B/ AMPLIACIÓN DE CAPITAL DE 2016:

1.- La entidad BANCO POPULAR acordó en su Junta General de **11 de abril de 2016** una nueva ampliación de capital, concretada y ejecutada en la reunión del órgano de administración de **25 de mayo de 2016**. Las condiciones del aumento de capital consistieron en la emisión de 2.004.441.153 acciones con un valor nominal de 0,5 euros una prima de emisión unitaria de 0,75 euros, con reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor de los accionistas del banco, y un importe efectivo total de 2.505.551.441,25 euros. Durante el período de suscripción preferente se solicitaron 722.016.168 acciones adicionales, por lo que la operación se concluyó con una demanda total de 135,75% del importe de la ampliación (3.401.300.000 euros)

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

2.- El **26 de mayo de 2016** la CNMV publicó como Hecho Relevante del Banco Popular la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constanding que "con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista" y "aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que



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

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

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

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

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

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

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



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

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

Entre el **28 de mayo** y el **11 de junio de 2016** se hizo la oferta pública para acudir a la ampliación de capital y las acciones comienzan a cotizar en bolsa el **22 de junio de 2016**, y a negociarse el día siguiente.

4.- A través del Hecho Relevante de **29.7.2016** BANCO POPULAR comunica que "en la prueba de evaluación global realizada por el BANCO CENTRAL EUROPEO y la AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, ...su ratio CET 1 *phased in* se sitúa en el 13,45 por cierto en el escenario base y en el 7,01 por cierto en el escenario adverso.

La metodología de EBA no tiene en cuenta las medidas ejecutadas con posterioridad a diciembre de 2015, por lo que en el resultado publicado no se recoge la reciente ampliación de capital por importe de 2.505 millones de euros.

Si se tiene en cuenta la mencionada ampliación, en 2018 en el escenario adverso se alcanza un CET 1 *phased in* de 16,78 por ciento y un CET 1 *fully loaded* de 16,78 por ciento. En el escenario adverso en 2018 se alcanza un CET 1 *phased in* de 10,34 por ciento y un CET 1 *fully loaded* de 9,95 por ciento."

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

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





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

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

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

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

6. El **3 de abril de 2017** la demandada comunicó como Hecho Relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la "1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros". En las conclusiones se decía que "del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."

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

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



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

10. El **11 de mayo de 2017** se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos. Afirma que al cierre del trimestre el patrimonio neto del banco ascendía a 10.777 millones de euros y que la ratio de capital total se situaba en 11,91%, por encima de las exigencias regulatorias.

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

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

13. El **6 de junio de 2017** el Banco Central Europeo comunica a la Junta Única de Resolución (JUR) la inviabilidad de la entidad por considerar que ésta no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existen elementos objetivos que indican que no podrá hacerlo en un futuro cercano (art. 18.4 c/ del Reglamento nº 806/2014).

14. Tras la comunicación realizada por el BCE, la JUR el **7 de junio de 2017** decide declarar la resolución de la entidad y aprueba el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. Considera que el banco " está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público".

15. El **7 de junio de 2017** la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la



entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015 , no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

Se indicaba (antecedente de hecho cuarto) que según la valoración de un experto independiente (los medios de comunicación especializados indican que se encargó a Deloitte ) recibida por la JUR, resultan unos valores que en el escenario central son de 2.000.000.000 de euros negativos y en el más estresado de 8.200.000.000 euros negativos.

16. Desde el **13 de julio de 2017** hasta finales de ese año la entidad Banco Santander emitió la oferta de la denominada "acción de fidelización" dirigida a los adquirentes de acciones u obligaciones subordinadas del BANCO POPULAR entre mayo de 2016 y junio de ese año, a cambio de la renuncia a ejercer cualquier acción legal frente al BANCO SANTANDER.

17. El **19 de octubre de 2018**, la CNMV incoó expediente sancionador por infracción muy grave al BANCO POPULAR, Consejeros ejecutivos, miembros de la Comisión de Auditoría y Director Financiero, por el suministro a la CNMV de información financiera con datos inexactos o no veraces en las cuentas anuales de 2016.

Ha resultado igualmente incontrovertido que, a resultas de la resolución de BANCO POPULAR, los títulos del demandante fueron amortizados (doc. 1E de la demanda), lo que supuso la pérdida total de la inversión.



**TERCERO.- Cuestión Previa: del invocado conflicto entre la normativa contenida en la Directiva 2014/59/UE, Reglamento UE nº 806/2014 y Ley 11/2015, de 18 de junio y la acción de responsabilidad del emisor**

Sostiene la demandada la imposibilidad de que la demandante pueda ejercitar la acción indemnizatoria del art. 124 de la LMV al venir impedido el deber de restitución por la Ley 11/2015, Directiva 2011/59 y Reglamento UE de 15.6.2014.

Es cierta la existencia de un criterio jurisprudencial (el adoptado en reuniones no jurisdiccionales de lo/as Magistrado/as de las Audiencias Provinciales de Asturias y Cantabria y seguido en diversas sentencias de los citados órganos jurisdiccionales) que sostiene que la normativa contenida en la Directiva 2014/59/UE, Reglamento UE nº 806/2014 y Ley 11/2015, de 18 de junio entra en conflicto con la acción de responsabilidad del emisor, sea por la responsabilidad del folleto del art. 38, sea por la derivada de omisión o información incorrecta del art. 124 LMV –o incluso cualquier otra genérica de responsabilidad civil-, conflicto que, a juicio de dichas Audiencias, debe ser resuelto mediante la primacía de esta última normativa (por ser especial y posterior en el tiempo), remitiendo a los accionistas que se creyeran perjudicados por la decisión de la JUR al procedimiento contencioso-administrativo. Criterio éste que dichas Audiencias extienden incluso a la acción de nulidad del art. 1301 CC respecto de los accionistas que adquirieron los títulos en el mercado primario, entendiéndose que el posible deber de restitución de la entidad bancaria deja de existir tras el instrumento de resolución aplicado por el FROP en su resolución de 7.6.2017.

La recapitalización interna como instrumento de resolución, prevista en nuestro derecho interno por el art.25.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, fue dictada precisamente para acometer "la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, que es, a su vez, una de las normas que contribuyen a la constitución del Mecanismo Único de Resolución, creado mediante el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, siendo este uno de los pilares de la llamada Unión Bancaria" ( Preámbulo II).

Dicha Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión tiene por objeto regular los procesos de actuación temprana y resolución de entidades de crédito y servicios de inversión con la finalidad de proteger la estabilidad del sistema financiero y minimizar el uso de recursos públicos (art. 1) de acuerdo con, entre otros principios, el de que los accionistas o socios de las entidades serán los primeros en soportar las pérdidas (art. 4), disponiendo como



instrumento de resolución, entre otros, la venta del negocio de la entidad (art. 25), con el efecto, respecto de accionistas y acreedores de la entidad de resolución, de que no tendrán ningún derecho sobre los activos y pasivos transferidos (art. 25.8).

Entre otros actos complementarios de la medida de resolución, con el fin de llevar ésta a término de acuerdo con los principios de la Ley se contempla la amortización de los instrumentos de capital, acto de carácter administrativo (art. 35) que conlleva para el titular de los instrumentos de capital amortizados que no subsista ninguna obligación frente a él respecto del importe amortizado, ni derecho a indemnización alguna (art. 39.2 letras A y B)".

Finalmente cabe mencionar el art. 37- 2 de dicha Ley, que dispone que en caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes:

b) En relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado.

c) No se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados.

Y en su apartado 4 señala que cuando el FROB reduzca a cero el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, éste o cualesquiera obligaciones o derechos derivados del mismo que no hayan vencido en el momento de la reducción se considerarán extinguidas a todos los efectos y no podrán computarse en una eventual liquidación posterior de la entidad o de otra sociedad que la suceda.

Sentado lo expuesto hasta aquí, no puede, sin embargo, compartirse el argumento de que los indicados preceptos legales impidan el ejercicio de aquellas acciones que pudieran derivarse de una información inveraz suministrada por la entidad, ya sea la acción de nulidad por vicio en el consentimiento, derivada de la relación contractual con el emisor, ya las acciones de responsabilidad de éste por daños y perjuicios derivada del art. 38 de la LMV o la indemnizatoria del art. 124 de la LMV.

Que los accionistas no ostenten derechos indemnizatorios a resultados de la decisión adoptada por la Junta Única de Resolución Europea de utilizar sus títulos para reflotar la entidad, posibilidad, como se ha dicho, contemplada en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, no puede significar que se prive de eficacia a las pretensiones resarcitorias que tienen origen en un déficit informativo derivado del/los Folleto/s o de los informes financieros que la entidad había ido publicando, máxime cuando la entidad tampoco informó a los accionistas minoristas del riesgo de que se produjera esta recapitalización interna.

La sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, explica, en relación con las normas sobre responsabilidad del folleto, que el accionista, demandante de la responsabilidad por folleto, ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene *causa societatis* y que 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 obliga a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las



acciones y a hacerse cargo de las mismas. De dicha resolución se hicieron eco las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, sentencias nº 91/2016 y 92/2016.

Y este es, además, el criterio mayoritariamente seguido por nuestros tribunales en cuanto están acogiendo la posibilidad de que los accionistas ejerciten frente a la entidad emisora, ya la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento (si la adquisición se produjo en el mercado primario), ya la acción de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones informativas exigidas por la LMV, al amparo de los arts. 38 y 124 de dicho texto legal, por las razones que se expondrán en los Fundamentos de Derecho siguientes.

Añadir que la específica cuestión que nos ocupa en este Fundamento ya ha sido también resuelta por algunas de las Secciones de la A.P. de Madrid en la misma línea seguida por este Juzgado. Así, sentencia de la Sección 8ª, de fecha 24.9.2020, dictada en el Recurso de Apelación nº 460/20 (Fundamento de Derecho Segundo), con cita en otra anterior de fecha 11.6.2020 (rollo 155/20) o sentencia de la Sección 10ª, de fecha 30.9.2020, dictada en el Recurso de Apelación nº466/20 (Fundamento de Derecho Primero in fine).

Y, finalmente, entre los ACUERDOS ADOPTADOS EN JUNTA GENERAL DE MAGISTRADOS DE LAS SECCIONES CIVILES GENERALES Y DE LA SECCIÓN MERCANTIL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID CELEBRADA EL 8 DE OCTUBRE DE 2020, se ha adoptado el siguiente: “1º.- *No se considera aplicable la Ley 11/2015 a toda compra realizada en el mercado secundario en las acciones en las que se ejercita responsabilidad contra el Banco Santander por la adquisición de acciones del capital social del Banco Popular, salvo en los casos en los que el daño resulta de la resolución de la entidad*”, siendo que, como se deducirá de los argumentos que irán ofreciéndose a lo largo de esta resolución, el daño al inversor no resultaría, en este caso, del acto de resolución de la entidad, sino del incumplimiento por parte de la emisora de los valores de las obligaciones impuestas por el TRLMV de ofrecer al mercado una información que revele su imagen fiel.

**CUARTO.- De las obligaciones de información periódica de la entidad emisora acerca de los datos económico-financieros. Normativa imperativa de específica aplicación**

Como es bien sabido, tanto el antiguo texto de la Ley del Mercado de valores, como el actual Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, imponen al emisor de los valores una obligación de información periódica acerca de los datos económico-financieros, que, obvio es decirlo, deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados.

Así, el art. 124 del TRLMV (antiguo art. 35 ter LMV, vigente hasta el 13.11.2015) establece la responsabilidad de los emisores por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los artículos 118 y 119.

Por ello, procede recordar que el precitado artículo 124 del TRLMV establece:



*"1. La responsabilidad por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los artículos 118 y 119 deberá recaer, al menos, sobre el emisor y sus administradores de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.*

*2. 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.*

*3. La acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de que la información no proporciona una imagen fiel del emisor."*

Por su parte el artículo 118 de la LNMV impone a los emisores la obligación de someter sus cuentas anuales a auditoría de cuentas y hacer público y difundir su informe financiero anual y el informe de auditoría de las cuentas anuales en el plazo de cuatro meses desde la finalización de cada ejercicio, debiendo asegurarse los emisores, de que los referidos informes se mantienen a disposición del público durante al menos diez años.

El informe financiero anual comprenderá las cuentas anuales y el informe de gestión revisados por el auditor.

En el mismo sentido con relación al informe semestral el artículo 119 hace referencia al informe financiero relativo a los seis primeros meses del ejercicio y a la obligación de publicarlo y difundirlo en el plazo de tres meses desde la finalización del período correspondiente. Dicho informe financiero semestral comprenderá: las cuentas anuales resumidas, un informe de gestión intermedio y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido.

La extraordinaria transcendencia de la publicidad e información sobre la situación financiera de las entidades bancarias se desprende de la obligación legal de tener dicha información a disposición de público durante diez años. Plazo durante el cual cualquier persona podría tomar conocimiento de la evolución de la entidad.

En relación con esta acción de responsabilidad por la deficiente información financiera suministrada por la sociedad emisora de valores, la doctrina jurisprudencial, v.gr. SAP Valladolid de 2 de abril de 2019 (sentencia número 131/2019), ha venido recordando que:

*"El art. 124 TR LMV (antiguo art. 35 ter LMV) viene a concretar y desarrollar, en el marco de la información financiera regulada que deben suministrar los emisores de valores, el régimen general de responsabilidad civil extracontractual previsto en el artículo 1902 CC*

[...]

*De este modo, debemos analizar los siguientes elementos para determinar la posible responsabilidad derivada de dicho precepto:*

*(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; ...

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

#### **QUINTO.- Déficit informativo advertido en el supuesto que nos ocupa**

En supuestos como el que nos ocupa, no podemos obviar el juego intenso de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria formulados en el art. 217.7 LEC al decir que "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". A partir de la flexibilización del rigor que en ocasiones debemos predicar de las reglas anteriores del mismo precepto, se exige a la parte que tiene más facilidad o se encontraba en una mejor o más favorable situación por su disponibilidad o proximidad con la fuente de prueba, que asuma el deber de acreditar la realidad o certeza de lo que invoca como fundamento de su posición.

Y esta regla permite que en supuestos como el presente, en que el resultado padecido por los inversores resulta realmente anormal y desproporcionado al haberse producido en el transcurso de un breve espacio de tiempo el daño patrimonial representado por la pérdida completa de su inversión, que sea precisamente la entidad demandada quien deba, para excluir su eventual responsabilidad, justificar que la imagen fiel de solvencia de la sociedad en el momento en que se realiza la inversión era la que reflejaban los estados financieros, ya sea los publicados a través del folleto informativo de una determinada emisión, ya sea –como sucede en nuestro caso- a través de la información periódica que la entidad facilita al mercado, y que la causa, por tanto, de la amortización final de la inversión fue por completo ajena a la situación publicada.

Es evidente que no basta cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno. Los datos económicos constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial esta información porque con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción.

Y, en este sentido, puede concluirse que cuando la demandante suscribió los valores (PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANCO POPULAR I/2015), en fecha 16.4.2015, lo hizo sobre la base de una información que no revelaba una imagen fiel del BANCO POPULAR ESPAÑOL, siendo que en ese momento la entidad BANCO POPULAR ya no cumplía la obligación que legalmente le venía impuesta de informar a los inversores sobre el riesgo que -en atención a la situación económico/financiera por la que, realmente, atravesaba dicha entidad en la fecha indicada-, estaban asumiendo al adquirir este producto.

El hecho de que la imagen económica y solvencia real de BANCO POPULAR, desde que acudió a la macro-ampliación de capital del año 2012, no fuese la informada, resulta, en este caso, especialmente relevante.





Y ello por cuanto son los informes de evolución que la entidad emisora pública los que deben permitir al inversor tomar una decisión, sin que pueda imponerse al inversor –incluso si el mismo es cualificado, como después se explicará– la labor de investigación o comprobación de tales datos, como premisa para tomar sus decisiones; pues, caso contrario, estaríamos dando prevalencia a una desconfianza en el propio sistema, totalmente contrario, precisamente, a todo el proceso de control y supervisión fijado por la Ley, generador de la confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Y, partiendo de dichas consideraciones, sí puede concluirse afirmando que existe en autos prueba suficiente de que la información periódica relativa a la evolución de la entidad desde la ampliación de capital que BANCO POPULAR llevó a cabo en 2012 no era fidedigna, de manera que los inversores permanecieron ajenos al conocimiento de los problemas financieros de la entidad.

Bien al contrario, se anunció y explicitó públicamente al inversor una situación de solvencia económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora, además con unas perspectivas, que, notoriamente, no eran reales.

Atendido el relato de hechos expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo, se ha de convenir con la demandante en que las dos macro-ampliaciones de 2012 y 2016, así como la utilización de pasivos financieros subordinados para inyectar cada vez más capital a la entidad, revelan las necesidades financieras de la entidad para cubrir el deterioro de valor de sus activos inmobiliarios y crediticios.

Si se examina la información ofrecida al mercado y las cuentas anuales que aprobaba la entidad demandada, de un año a otro, resulta que la entidad refleja en tales documentos una imagen de solvencia que no permitía predecir que la entidad, poco tiempo después de la inversión que nos ocupa, fuera resuelta.

Sobre la base de esta información, no puede sino afirmarse que la inviabilidad de la entidad en 2017 tenía que asentarse en el hecho de que la situación financiera de la entidad y solvencia de la misma ya estaba deteriorada cuando acudió a la macro-ampliación de capital de 2012, pese a lo cual se transmitió al mercado una situación de aparente solvencia y fortaleza (presentándose como “una de las entidades mejor provisionada y capitalizada de España y Europa”), siendo que la situación descrita en el año 2017, esto es, la resolución de la entidad con reducción a valor cero del capital social, no puede obedecer a meros avatares económicos o al riesgo empresarial.

Así:

1.- En el año 2012 la entidad acudió a la ampliación de capital con el fin de recapitalizarse y solucionar un déficit de capital ante un escenario adverso, mediante la mayor ampliación de capital en la historia del banco (cerca a los 2.500 millones de euros mediante la emisión y puesta en circulación de **6.234.413.964 acciones ordinarias de nueva emisión**, de 0,10 euros de valor nominal cada una de ellas, partiendo BANCO POPULAR de un **capital social previo al Aumento** representado por **2.174.077.106 acciones** de 0,10 euros de valor nominal cada una), parece razonable concluir que estaba presentando una información financiera que presentaba graves incorrecciones.



Se alcanzan tales conclusiones tomando en consideración:

- El "hecho relevante" comunicado por el Consejo de Administración de Banco Popular a la CNMV el 3 de abril de 2017, por el que se le participaba que, en base a la información recabada del departamento de auditoría interna, la entidad reconoce "determinadas insuficiencias de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos" -por importe de 160 millones de euros según estimación estadística-, y posible "necesidad de dar de baja algunas garantías asociadas a operaciones de crediticias dudosas" -145 millones de euros-. Según reza el propio comunicado, tales "circunstancias fundamentales" afectarían directamente al patrimonio neto de la entidad en la medida en que "proviene de ejercicios anteriores a 2015".

Esto es, se reconoce que la incorrección de las cuentas por tan elevado importe (superior –como se describe en el relato de Hechos Probados- a los 200 millones de euros) traía causa en ciertas "operaciones crediticias dudosas" no provisionadas desde antes de 2015. Y tales irregularidades contables eran lo suficientemente graves para como para ser puestas en conocimiento inmediato de la CNMV -antes incluso de ser corregidas en sus estados financieros del primer semestre del 2017- (así lo recuerda, v.gr. la SAP, Valladolid sección 3 del 02 de abril de 2019 Sentencia: 131/2019 Recurso: 640/2018 Ponente: ; esto es,

presentaban entidad suficiente como para que el consejo de administración decidiese comunicar de forma inmediata a la CNMV, con lo que ello suponía frente a sus inversores, la opinión pública y el riesgo cierto de generar una aún mayor volatilidad en los mercados cotizados. Y es precisamente este aspecto -la necesidad de comunicar a la CNMV- la que ha de llevar a concluir que las irregularidades contables detectadas por el consejo sí que eran relevantes para el mercado cotizado, pues en caso contrario no hubieran trascendido en la forma en que se hizo, debiendo insistirse en que hacían referencia a inexactitudes contables presentes ya en las cuentas del ejercicio 2015.

-Si se examina el informe de la CNMV de 23 de mayo de 2018, del que destaca el análisis de los ajustes contables comunicados a la CNMV como Hecho Relevante de 3.4.2017, resulta que la citada Comisión en los puntos 16 y 17 del informe, llama la atención sobre el hecho de que "*el ajuste inicialmente comunicado por insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos, en los que la entidad se había adjudicado la garantía vinculada a los mismos (160 millones de euros) se vio incrementada a la cifra de 369 millones de euros, esto es, un aumento antes de impuestos de 209 millones, lo que hubieran supuesto la minoración del resultado del ejercicio del Grupo en 126 millones de euros y de su patrimonio neto en 387 millones de euros, "importe netamente superior al inicialmente estimado en el Hecho Relevante de 3 de abril"(sic)", recordando que "el ajuste se registra en el patrimonio neto por provenir de ejercicios anteriores al ejercicio 2015, por lo que las inexactitudes afectarían incluso a las cuentas anuales anteriores al 2016 (en este sentido, el punto 24 del informe).*"

-Tampoco puede marginarse que la firma de auditoría PriceWaterhouseCoopers Auditores S.L. y su socio auditor fueron sancionados en vía administrativa por resolución de 26 de febrero de 2016 dictada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la comisión de dos infracciones graves previstas en el art. 34.b) del TRLAC, por incumplimiento de la normativa de auditoría susceptible de tener un efecto



significativo sobre el resultado de su trabajo y, por consiguiente, en su informe, en relación con los trabajos de auditoría de las cuentas anuales individuales del ejercicio 2012 de la sociedad “Banco Popular Español, S.A.”, y de las cuentas anuales consolidadas de la entidad “Grupo Banco Popular, S.A., y sociedades Dependientes”, cuyos informes de auditoría fueron emitidos el 28 de febrero de 2013.

Tales sanciones se publican en el BOE de 13-6-2018, viniendo a constituirse, pues, como un hecho notorio.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional ha confirmado la imposición de dicha sanción por resolución de fecha 14.2.2019.

2.- Y no puede desvincularse todo ello de la circunstancia de que la entidad, en el año 2016, tratase de resolver su situación mediante una segunda macro-ampliación de capital, siendo que la imagen de solvencia que BANCO POPULAR proyectó cuando acudió a esta nueva ampliación de capital tampoco era correcta y no reflejaba su verdadera situación económica y que la entidad siguió ocultando la situación real en la información que con posterioridad facilitó al mercado. Es decir, se dio al inversor una apariencia de errónea solvencia cuando se estaba en presencia de una entidad con graves dificultades económicas que desembocó, en pocos meses, en su declaración de inviabilidad por el Banco Central Europeo mediante comunicación a la Junta Única de Resolución (JUR).

La incorrección, inveracidad, inexactitud y/o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto de 2016 y los que con posterioridad a la OPS se facilitaron al inversor, ha de llevar a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor resultó inexacta e incorrecta y ello lo fue en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores, de manera que difícilmente el inversor pudo tomar una decisión correcta acerca del mantenimiento, o no, de su inversión.

Se alcanzan tales conclusiones partiendo de la premisa de que se anunció y explicitó públicamente al inversor una situación de solvencia, con unas perspectivas, que no eran reales.

Así, a modo de resumen, en el folleto informativo de la OPS (26.5.2016) se cifraba el resultado consolidado del primer trimestre del año 2016 en 93.611 euros.

La finalidad del aumento de capital iba dirigido, según el hecho Relevante publicado por dicha entidad el 26.5.2016, a reforzar la rentabilidad y solvencia de la entidad y, si bien se hablaba de determinadas incertidumbres, en concreto, la posibilidad de que existieran provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros y se reconocía que, de producirse esta situación, se ocasionarían pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, también se decía que éstas quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión del reparto del dividendo que se valoraba como temporal.



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

Las notas de prensa y hechos relevantes que la propia entidad fue publicando en los meses sucesivos en modo alguno anunciaban la falta de solvencia de la entidad; bien al contrario, anunciaban que se estaban dando los pasos para el cumplimiento del plan de negocio que la entidad pretendía implementar acompañando el aumento de capital social.

Así, en la nota de prensa de 29.7.2016, se reportaba un beneficio neto acumulado del primer semestre de 2016 de 94 millones de euros y, en el informe del segundo trimestre de 2016, se apunta la *“elevada solvencia y comfortable posición de liquidez del Grupo”*. En la nota de prensa de 28.10.2016, titulada, en mayúsculas, *“POPULAR obtiene un beneficio de 817 millones de euros en su negocio principal”* se concluye afirmando que *“el negocio de POPULAR es actualmente un negocio de elevada solvencia y con una posición cómoda de liquidez”*. Y en la presentación de los resultados del tercer trimestre de 2016, refiere que *“los datos de solvencia continúan siendo elevados como consecuencia de la exitosa ampliación de capital”*.

No obstante lo anterior, en la nota de prensa de 3.2.2017, se anuncia ya una pérdida contable de 3.485 millones; sin embargo, acto seguido se explica que queda *“cubierta con el importe obtenido con la ampliación de capital y con su exceso de capital”* y que *“la solvencia se mantiene muy por encima de los mínimos regulatorios”* afirmándose que Banco Popular cuenta con capacidad de generación de capital. Y en el informe de los resultados del cuarto trimestre de 2016, vuelve a anunciar en los datos de solvencia, un *“amplio margen sobre el nivel regulatorio de SREP”*.

Sólo dos meses después (3 de abril de 2017) se publica como hecho relevante la insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016, cifrando en un importe de 123 millones de euros la posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos, siendo la cartera de dudosos de 145 millones de euros y refiriéndose a otros ajustes de auditoría que impactaban en los resultados de 2016.

Y días después (10 de abril de 2017) se aprueba las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317,508, 86 euros y el resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros, formulándose una *“reexpresión de cuentas”* del ejercicio 2016 con un incremento de las pérdidas que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

No obstante lo anterior, la entidad siguió afirmando (Nota de Prensa de 5 de mayo de 2017) que situaba su solvencia por encima de los requisitos exigidos y que cumplía con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo. En la misma Nota continúa subrayando, en el apartado Evolución del Negocio, que *“Popular sigue siendo la primera entidad de España para pymes y autónomos”* y que, con la reducción de activos improductivos, se ha producido *“un cambio de tendencia muy positivo en lo que a gestión de Negocio Inmobiliario se refiere”*.



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

Las noticias periodísticas acerca de la delicada situación de la entidad son desmentidas recurrentemente (vid. nota de 15.5.2017) y, sin embargo, a los pocos días (6 de junio de 2017) se reconoce que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros y el Consejo aprueba considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Popular esa situación, así como que al día siguiente no podría desempeñar su actividad. Ese mismo día la Junta Única de Resolución declara la resolución de la entidad, reconociendo su inviabilidad.

Y al día siguiente (7 de junio de 2017) la Comisión Rectora del FROB acuerda la reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación, así como la transmisión a Banco Santander, recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones 1 euro.

A nadie puede escapar que la inviabilidad de la entidad sólo encuentra una explicación dentro de los márgenes de la experiencia humana que no es otra que la situación financiera de la entidad y solvencia de la misma ya estaba profundamente deteriorada cuando se acudió a la ampliación de capital de 2016.

Y resta añadir que, a los efectos de la acción ahora entablada, no se exige la premisa de sentarse una falsedad documental o conducta falsaria de relevancia penal por la emisora o sus administradores, pues para la protección del inversor, en esta sede civil, a tenor de la normativa expuesta, basta con que los datos inveraces u omitidos en la información periódica, determinantes de la imagen de solvencia y económico-financiera de la sociedad, hubiesen sido esenciales y relevantes para la perfección contractual.

### **SEXTO.- Referencias jurisprudenciales**

1.- Son muchas las sentencias de las Audiencias Provinciales que han entendido que, cuanto menos desde la ampliación de capital del año 2012, la información ofrecida por Banco Popular reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel; siendo que, en los ejercicios sucesivos continuó este déficit informativo acerca de los problemas financieros que atravesaba la entidad. Así, a título de ejemplo:

**-La SAP Pontevedra sección 6 del 13 de febrero de 2020 Sentencia: 64/2020 Recurso: 762/2019 Ponente:** \_\_\_\_\_, acoge el parecer pericial de que Banco Popular ofreció una información financiera tendenciosa en sus folletos, tanto en el 2012 como en el 2016, pues aunque advertía de pérdidas, afirmaba que serían una cosa pasajera y que quedarían cubiertas por la ampliación de capital, lo cual era manifiestamente incorrecto pues desde 2008 (según el indicado perito) existía un problema estructural de solvencia debido a que, se insiste, no se contabilizaron



correctamente los activos morosos y tóxicos, lo que acabó derivando en la crisis de liquidez. Y ello por cuanto, según concluye dicho órgano jurisdiccional *“las opiniones del perito a que se acaba de aludir aparecen avaladas por el iter de los acontecimientos y los resultados económicos de Banco Popular, tal lo demuestran datos objetivos, en tanto que notorios, como los siguientes:*

*1. Problemas de capitalización en los años 2012 y 2016, que trató de resolver mediante ampliación de capital.*

*2. Sanción del ICAC, a PriceWaterHouseCoopers (PWC) y a su socio auditor Lucio por dos infracciones graves en los trabajos de auditoría de las cuentas de Popular del ejercicio 2012. La resolución establece que la sanción se adopta por el “incumplimiento de las normas de auditoría susceptible de tener un efecto significativo sobre el resultado de su trabajo y, por consiguiente, en su informe, en relación con los trabajos de auditoría de las cuentas anuales individuales del ejercicio 2012 de la sociedad Banco Popular Español y de las cuentas anuales consolidadas de la entidad Grupo Banco Popular y sociedades dependientes, cuyos informes de auditoría fueron emitidos el 28 de febrero de 2013”.*

*3. En el 2012 un informe del banco de España ya pone de manifiesto unas diferencias de necesidades de reclasificación entre los que apreciaba la Auditora del Banco y lo que apreciaba la inspección del Banco de España.”.*

**-SAP Barcelona Civil sección 17 del 18 de julio de 2019 Sentencia: 443/2019**

**Recurso: 139/2019 Ponente:** también anula, por vicio de consentimiento, las compras realizadas en las ampliaciones de capital de 2012 y 2016, recordando que dicha Sección ya se había pronunciado sobre los folletos informativos de las ampliaciones de capital de 2012 y 2016 de Banco Popular. Así, en los Rollos 693/2018, 991/2018 y 1042/2018. Insistiendo en que *“la propia entidad hoy demandada, en el hecho relevante comunicado a la CNMV el 3 de abril de 2017, admitió la existencia de un déficit en la dotación de provisiones a créditos dudosos y a la baja de garantías asociadas a los mismos, por sendos importes aproximados de 160 y 145 millones de euros, que provenía de ejercicios anteriores al del año 2015”.*

**-SAP Álava, sección 1º, de 17 de junio de 2019,** tras examinar de manera detallada la evolución de la realidad contable de la entidad a lo largo de varios ejercicios (2.012-2.017), concluye: *“A la luz del resultado de la valoración de la prueba practicada, se concluye que la información reflejada en la contabilidad del Banco Popular reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel. Este resultado se alcanzó por haber efectuado una estimación inadecuada, a la baja, de las necesidades de cobertura de la entidad frente a los niveles de morosidad de su clientela y por no reflejar la pérdida de valor de activos dudosos. Esta falta de rigor y prudencia en sus estimaciones le permitió, a su vez, documentar un mejor resultado en los ejercicios 2013, 2014 y 2015 y afirmar que el propósito de la ampliación de capital de junio de 2016 era el de reforzar la solvencia de la entidad, cuando en realidad había necesidad de aumentar los niveles de cobertura del banco y absorber la pérdida de valor de elementos del activo. Esta información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la demandante, en su condición de inversora. Este daño consistió en la pérdida total de la inversión por la decisión de las autoridades de supervisión de proceder a la total amortización del capital de Banco Popular y simultáneo incremento de capital del mismo para ofrecer su compra en subasta*



*restringida (operación acordeón) adjudicada a BANCO SANTANDER, S.A. Se aprecia dicho nexo causal porque, aun cuando la demandante admite que decidió comprar acciones de una entidad con problemas de liquidez, la situación del banco era mucho peor que la reflejada en sus cuentas y el problema de liquidez suponía, en realidad, un grave problema de viabilidad de la entidad. La existencia de dudas en el mercado sobre la aparente solvencia del banco, reflejadas en las comunicaciones dirigidas por la entidad a la CNMV, detonaron en una retirada masiva de depósitos cuando la auditora externa, después de operado un cambio en el órgano de dirección de Banco Popular, comunicó la necesidad de incrementar determinadas provisiones. Si bien estos cambios no tenían, en relación a la magnitud de los valores del banco, relevancia suficiente para justificar una situación de iliquidez absoluta, representaban la confirmación de que las estimaciones empleadas por la sociedad no estaban correctamente ajustadas y ello desembocó en la retirada masiva de depósitos a la que alude la demandada. Desde la perspectiva de la demandante, esta información inexacta se encuentra causalmente conectada con el daño sufrido en dos ámbitos: porque su decisión de invertir se basó en un estado del banco que no se correspondía con su imagen fiel; y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la falta de ajuste de los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad provocó que la clientela retirara los fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando a Banco Popular en situación de inviabilidad actual o inmediata (Fail or Likely to Fail, FOLF)."*

**-SAP Palma de Mallorca sección 3 del 25 de febrero de 2020 Sentencia: 74/2020 Recurso: 670/2019 Ponente:**

**LOPEZ**, referida a adquisiciones realizadas con ocasión de las ampliaciones de capital de 2012 y 2016, así como en noviembre de 2013, con cita, a su vez, de la SAP Baleares (Sección 4ª) de 18 de marzo de 2019 y S.A.P. de Asturias (Sección Quinta) nº 334/2.018, de 3 de octubre.

**-SAP Madrid, Sección 10ª, de fecha 27 de mayo de 2020; sentencia nº183/2020; recurso: 126/2020; Ponente:**

referida a adquisiciones en las ampliaciones de capital de 2012 y 2016, considerando, en línea con lo dictaminado por el perito de la actora (según el cual desde 2012 se producen distorsiones en el balance del Banco Popular), que, de una forma u otra, se estaba sobrevalorando la situación de solvencia de la entidad, ya fueran derechos de crédito, ya activos inmobiliarios, y eso impacta sobre la situación de patrimonio neto o la situación de solvencia que manifestaba la entidad a sus inversores.

**-SAP Madrid,, Sección 25ª, de fecha 12 de mayo de 2016; sentencia nº142/2020; recurso: 746/2019; Ponente:**

con cita de la SAP Oviedo de 16.1.2010 (Rec. 492/2019), que apunta a la adquisición del BANCO PASTOR como origen de las graves dificultades económicas por las que atravesaba BANCO POPULAR, con el lastre de absorber el "agujero" que arrastraba, provocando el efecto de ofrecer en las cuentas anuales una imagen patrimonial mejor que la real.

2.- También son numerosas las sentencias que han estimado la acción indemnizatoria de aquellos inversores que, habiendo invertido en productos tales como BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES DE BANCO POPULAR, se vieron obligados a acudir al canje obligatorio en fecha 27/01/2014 (esto es, antes incluso de la adquisición que ahora nos ocupa). Así:



Así, la SAP Pontevedra sección 1 del 25 de mayo de 2020 Sentencia: 234/2020 Recurso: 50/2020 Ponente:

concluye que “los demandantes se vieron abocados a un error provocado por la entidad emisora en relación a su solvencia y solidez financiera y a las razones de la ampliación de capital. Y ese error les llevó a aceptar un canje y suscribir unas acciones que, en otras condiciones y de haber sabido mínimamente las dificultades económicas de la entidad, no hubieran acometido, lo que nos sitúa en la figura del error excusable”.

Podemos, asimismo, citar al respecto la SAP Madrid sección 11 del 20 de noviembre de 2019 Sentencia: 388/2019 Recurso: 776/2018 Ponente:

*“51. La doctrina mayoritaria en los tribunales provinciales es que la información financiera periódica de Banco Popular no proporcionaba una imagen fiel del emisor y remontan esta circunstancia a ejercicios anteriores al de la Conversión (v. SSAP Álava 1ª 481/2019, 17.6 y Gerona 2ª 399/2019, 22.10; en relación con la ampliación de capital de 2016, SAP Madrid 9ª 436/2019, 26.9).*

*52. Además, advertimos que “los Estados miembros velarán [...] porque los tribunales nacionales utilicen como base de su propia evaluación las complejas evaluaciones económicas de los hechos que la autoridad de resolución ha llevado a cabo” (art. 85.3 Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión). Si bien la evaluación a efectos de resolución no tiene por objeto evaluar la corrección de la información financiera periódica de los años anteriores; lo presumible (art. 386 LEC) es que las pérdidas afloradas venían de años atrás. Las pérdidas por provisiones de inversión crediticia y provisiones de activos no financieros (adjudicados o recibidos en pago de deudas), estaban vinculadas en su mayoría a activos inmobiliarios y créditos concedidos a empresas de este sector durante la fase expansiva de la economía que finalizó abruptamente en 2007. Una parte significativa de estas pérdidas se deberían haber reflejado en las cuentas de ejercicios anteriores, siendo a estos efectos muy relevante que el Banco Popular cambió su política contable en el ejercicio 2014 de tal forma que, en algunos aspectos, dejó de estar alineada con el marco contable del Banco de España, en especial en la cobertura de adjudicados y en los criterios sobre operaciones refinanciadas comunicados por el Banco de España a las entidades en 2013 y revisados en 2014, sin que Banco Popular cumpliera con estos criterios hasta octubre de 2016 una vez entró en vigor la Circular 4/2016 del Banco de España, que los incorporaba expresamente, y tras un requerimiento de una inspección del BCE.*

3.- A lo que cabe añadir que la doctrina jurisprudencial es prácticamente unánime cuando se pronuncia sobre la ampliación de capital que BANCO POPULAR llevó a cabo en 2016 y que, como ha quedado dicho, no podemos desvincular de lo acontecido en el año 2012.

Así, a título de ejemplo, sentencias de la AP de Barcelona de 1/10/2019, León de 20/09/2019, A Coruña de 11/09/2019, Valencia de 9/09/2019, Palma de Mallorca de 3/09/2019, Barcelona de 2/09/2019, Girona de 22/07/2019, Barcelona de 18/07/2019, Zamora 18/07/2019, Barcelona 10/07/2019, Alicante 8/07/2019, Valladolid 1/07/2019, Girona de 24/06/2019, entre otras muchas.





Y muchas de estas sentencias se han basado en la notoriedad de la situación del Banco Popular entre la OPA de mayo del 2.016 y su intervención y venta al Banco de Santander, concluyendo que la información facilitada por BANCO POPULAR con motivo de la ampliación de capital indujo a error al inversor sobre su situación financiera y solvencia real.

**-La SAP Santander, Sección 2, del 07 de febrero de 2019 Sentencia: 67/2019**

**Recurso: 824/2018 Ponente:** ..., cuando concluye: “ ( i ) que la publicidad comercial del banco y en menor medida la descripción de las causas de incertidumbre y riesgos descritos en el folleto de la OPS anunciaban una imagen clara de solvencia de la entidad, que trató de mantenerse hasta el final; ...

8. *Atenta a las máximas de la experiencia y a la propia naturaleza de las cosas, por la dificultad de explicación que conlleva, que una entidad histórica que se presenta un año antes con apariencia clara de solvencia y con expectativa cierta de generación de beneficios, sufra un descenso vertiginoso e inmediato que lleve finalmente a su resolución sin más explicación que la falta de liquidez derivada de una retirada que se afirma masiva de fondos. Creemos que la retirada de fondos existió - más difícil es calificarla de masiva- ante las dudas publicadas con reiteración sobre la solvencia de la entidad en los medios de comunicación -y que eran ciertas-, pero no puede desde luego considerarse la causa que justifique la resolución. Del planteamiento de un panorama de solvencia y de la descripción de unas concretas incertidumbres derivadas de los riesgos descritos en el folleto se suceden de forma precipitada una serie de acontecimientos, esencialmente descritos, que provocaron de forma vertiginosa la insolvencia definitiva de la entidad en un breve espacio de tiempo. No presenta ni menos justifica el banco que el resultado conocido se debiera a motivos o causas exógenas que expliquen su infortunio, por lo que consideramos que los hechos descritos hacen presumir que la causa de la liquidación del banco fue fundamentalmente endógena por la falta de una solvencia ya preexistente derivada de una situación financiera realmente comprometida. La Sala, en definitiva, alcanza la presunción de que la falta de liquidez es la consecuencia, no propiamente la causa, que ha de encontrarse, como reflejan los hechos relatados, en el gran problema de solvencia que aquejaba al banco en el instante de la OPS y que el folleto y la publicidad comercial del banco omitieron.”*

**-La SAP Valladolid sección 1 del 18 de enero de 2019 Sentencia: 29/2019**

**Recurso: 333/2018 Ponente:** ... “Las conclusiones del folleto no pueden ser más engañosas e inveraces sobre lo que se sostiene en el recurso sobre la delicada situación bancaria que presentaba la entidad...”

*Es cierto como se dice en el recurso que también se facilitó una nota sobre acciones. Pero no puede otorgársele la relevancia que manifiesta la entidad recurrente pues como antes hemos dicho en ninguna de las advertencias se expone la delicada situación financiera del banco. Además, esa nota contradice lo que en el recurso se denomina registro emisor sobre las optimistas expectativas bancarias que no se correspondían con su real situación. Y de su redacción es fácil apreciar como las advertencias se realizan en letra diminuta en comparación con la publicidad del documento del registro emisor, y con una redacción abigarrada, farragosa y difícilmente comprensible para personas simples adquirentes de acciones.*

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



en el recurso, supervisase la operación. Precisamente dicho argumento presenta un notorio carácter contradictorio porque si la situación del banco era tan delicada como se expone no se entiende que la CNMV aceptase la emisión.

...

Por ello no puede menos que concluirse que, ya al tiempo de la oferta de suscripción, la situación financiera y contable de la entidad bancaria apelante no podía corresponder a la que se reflejaba en el folleto, sin que el hecho de que pudieran estar auditados sin salvedades los estados financieros constituya obstáculo a tal conclusión, y racionalmente tal información fue determinante de la prestación del consentimiento, viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de la situación real financiera de Banco Popular, desconociendo la parte demandante los riesgos que corría con la suscripción de acciones, no por tratarse de un producto volátil y de riesgo, sino porque en este caso desde el principio el valor que aparentemente representaban al emitirse para la ampliación de capital no se correspondía con la realidad, como los hechos posteriores e incontrovertidos evidenciaron, y sin que, obvio es, los clientes tuvieran medio para conocer la situación financiera de la apelante, más allá de la información que al respecto la propia entidad les ofrecía."

**-La SAP Barcelona sección 17 del 17 de enero de 2019 Sentencia: 30/2019  
Recurso: 693/2018 Ponente:**

"La parte demandada no ha aportado una explicación razonable de la que resulte justificación plausible de que la evolución negativa de la entidad, pese a la ampliación de capital, fue debida a causas no presentes o previsibles cuando se emitió el folleto informativo. Así, si bien alude a una retirada de depósitos que afecto a la liquidez de la entidad, no se justifica que la misma se realizó porque los inversores decidieran sin razón alguna dejar confiar en la entidad, sino que debía tener justificación por la previsible deficiente situación económica de la entidad. El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones...

El folleto informativo hacía prever una mejora de la situación financiera y no la situación de insolvencia que se produjo en menos de un año. Por tanto, dicho folleto no respondía a la real situación económica y financiera de la entidad porque, como ya se ha dicho, al constatarse al poco tiempo la falta de solvencia de la entidad no puede negarse que la entidad ofreció una imagen falseada, presentándose como solvente pese a que conocía que ello no era así...."

**-La SAP Cáceres sección 1 del 09 de enero de 2019 Sentencia: 2/2019  
Recurso: 1207/2018 Ponente:**

en concreto y por resultar especialmente esclarecedor, el apartado que reseñar las declaraciones de los responsables del Banco; comunicados del propio Banco; de la CNMV y demás notas informativas sobre el mismo, tras la decisión de la Junta de Resolución: "...En las comparecencias efectuadas por los tres presidentes del Banco Popular en el Congreso de los Diputados, Don Javier ; Don Julio y Don Leoncio , ante la Comisión de investigación de la crisis financiera, para explicar su visión de la quiebra del banco, Javier acusó a Julio de propiciar, con diferentes métodos, la caída de la acción para que el Santander se quedara con el Popular sin pagar y recibiendo 2.000 millones. Su sucesor, afirmó que cuando llegó al banco, el capital era insuficiente por los ocultamientos y trampas realizadas bajo la órbita de su antecesor. Leoncio denunció deficiencias en los sistemas internos de control de las cuentas del Popular, e insistió, en que la compra del Popular tiene riesgos por los futuros litigios a los que se enfrenta".

Por su parte, el que fuera presidente del Banco Popular, entre febrero y junio de 2017, los últimos meses previos a su intervención, Don \_\_\_\_\_ ha asegurado ante dicha Comisión de Investigación, que la entidad



"engañaba", era "un desastre", "una caca", y "con un valor muy cercano a cero, pero no valían cero sus acciones".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

*"Según los datos manejados por la CNMV, en los tres casos analizados, el impacto sobre las cuentas era superior al inicialmente previsto. Ello implica que, al calcular qué suponían estos ajustes sobre el patrimonio neto de la entidad resultaba que superaban el umbral mínimo del 2%, que establece la normativa actual -se situaba en torno al 3,5%- lo que obliga a considerar "material" dicho impacto y, por lo tanto, la entidad debería haber procedido a reformular sus cuentas, en lugar de reexpresarlas, lo que habría tenido consecuencias muy graves para Popular".*

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Más específicamente, también son numerosas las resoluciones que estiman la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por la responsabilidad derivada tanto del folleto de emisión, como de la información financiera anual y semestral (artículos 38 y 124 TRLMV) en relación a acciones compradas en el mercado secundario, reconociendo, así, la legitimación pasiva de la entidad demandada para soportar la acción y la relación causal entre su actuación y el daño sufrido por el inversor. Pueden citarse:

-La SAP Barcelona sección 4 del 14 de octubre de 2019 Sentencia: 1030/2019 Recurso: 207/2019 Ponente: \_\_\_\_\_ : " En efecto, de la prueba practicada y de los hechos notorios, se desprende que para no perjudicar al Banco, se ofrecía una imagen de solvencia, se maquillaban datos, se ocultó información o se ofreció sesgada, pues no hay otra explicación racional para que al cabo de menos de un año, se produjera la quiebra de la entidad conocida por todos.



*A la misma conclusión llegan las sentencias de la sección 17ª de la AP de Barcelona de 18 de julio de 2019, y de la sección 2ª de la AP de Girona de 22 de julio de 2019, de la sección 3ª de la Valladolid de 1 de julio de 2019, que realizan un análisis exhaustivo de lo acontecido, de donde se extrae que no sólo había un problema de liquidez, pues de ser así se habrían admitido por los organismos europeos las garantías ofrecidas para obtenerla; lo cual evidencia que existía un auténtico problema de solvencia que no constaba en la información ofrecida...*”

**-La SAP Zaragoza sección 4 del 18 de septiembre de 2019 Sentencia: 226/2019 Recurso: 151/2019 Ponente:**

*“En efecto si una entidad que cotiza en bolsa elabora sus cuentas anuales en términos que no recojan de manera adecuada su verdadero estado patrimonial y financiero puede generar en los inversores, sean consumidores o no, unas expectativas sobre su inversión engañosas, generando una apariencia de solidez, por solvencia o por liquidez, que no se corresponda a la realidad. Si además la adquisición en el mercado secundario oficial viene precedida por una emisión de acciones en el marco de una ampliación del capital, con una oferta pública a la que se apoya con un preceptivo folleto que recoge una situación patrimonial y financiera que no se ajusta a la realidad, con relevantes desviaciones, la responsabilidad civil es secuencia a un juicio de previsibilidad en el comportamiento del inversor, considerando que en un juicio razonable de las cosas el inversor no hubiera adquirido un activo financiero emitido por una entidad financiera cuyas cuentas no reflejaban de manera fiel su verdadero estado financiero. Y más cuando esas desviaciones en las cuentas no podían pasar desapercibidas a la propia entidad.*

*Y la relación de causalidad parece incuestionable. Primero porque al adquirir un inversor el activo financiero cuyo verdadero estado y por tanto riesgo desconoce, dado que ni la solvencia ni la liquidez del deudor es la deducible de sus cuentas y balances, no se le puede transferir haciéndolo suyo el riesgo propio de fluctuación de todo activo financiero, cuando luego, incontestablemente ni la solvencia ni la tesorería correspondían a su estado real reflejadas en sus cuantías oficiales, terminando generando ese verdadero estado financiero, que el inversor no conoció, una minoración del valor del activo y el colapso financiero del emisor, obligando a la intervención de la autoridad bancaria europea.*

*En definitiva existe un daño y una evidente relación de causalidad.”*

**-La SAP Gerona sección 2 del 30 de octubre de 2019 Sentencia: 428/2019 Recurso: 632/2019 Ponente:**

*cita la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia de Álava de 17 de junio de 2019, que concluye: “A la luz del resultado de la valoración de la prueba practicada, se concluye que la información reflejada en la contabilidad del Banco Popular reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel. Este resultado se alcanzó por haber efectuado una estimación inadecuada, a la baja, de las necesidades de cobertura de la entidad frente a los niveles de morosidad de su clientela y por no reflejar la pérdida de valor de activos dudosos. Esta falta de rigor y prudencia en sus estimaciones le permitió, a su vez, documentar un mejor resultado en los ejercicios 2013, 2014 y 2015 y afirmar que el propósito de la ampliación de capital de junio de 2016 era el de reforzar la solvencia de la entidad, cuando en realidad había necesidad de aumentar los niveles de cobertura del banco y absorber la pérdida de valor de elementos del activo. Esta información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la demandante, en su condición de inversora. Este daño consistió en la pérdida total de la inversión por la decisión de las autoridades de supervisión de proceder a la total amortización del capital de Banco Popular y simultáneo incremento de capital del mismo para ofrecer su compra en subasta restringida (operación acordeón) adjudicada a BANCO SANTANDER, S.A. Se*



aprecia dicho nexo causal porque, aun cuando la demandante admite que decidió comprar acciones de una entidad con problemas de liquidez, la situación del banco era mucho peor que la reflejada en sus cuentas y el problema de liquidez suponía, en realidad, un grave problema de viabilidad de la entidad. La existencia de dudas en el mercado sobre la aparente solvencia del banco, reflejadas en las comunicaciones dirigidas por la entidad a la CNMV, detonaron en una retirada masiva de depósitos cuando la auditora externa, después de operado un cambio en el órgano de dirección de Banco Popular, comunicó la necesidad de incrementar determinadas provisiones. Si bien estos cambios no tenían, en relación a la magnitud de los valores del banco, relevancia suficiente para justificar una situación de iliquidez absoluta, representaban la confirmación de que las estimaciones empleadas por la sociedad no estaban correctamente ajustadas y ello desembocó en la retirada masiva de depósitos a la que alude la demandada. Desde la perspectiva de la demandante, esta información inexacta se encuentra causalmente conectada con el daño sufrido en dos ámbitos: porque su decisión de invertir se basó en un estado del banco que no se correspondía con su imagen fiel; y, en segundo lugar, porque el reconocimiento de la falta de ajuste de los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad provocó que la clientela retirara los fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando a Banco Popular en situación de inviabilidad actual o inmediata (Fail or Likely to Fail, FOLF)."

-La SAP Madrid, Sección 9ª, de 26.9.2019, Sentencia n1 436/2019, Ponente: José María Pereda Laredo.

-Y, por último, la SAP Madrid, Sección 8ª de fecha 20 de enero de 2010, sentencia nº 10/20, Pte: Ilmo. Sr. D.

*“el desenlace de esos acontecimientos desde la emisión de acciones en Mayo de 2.016, hasta esa intervención legal y venta forzada o más bien adjudicación gratuita o simbólica a esa última entidad bancaria, el transcurso de no más de doce meses, confirma que la situación transmitida en cuanto a su situación financiera al tiempo de la emisión del folleto, no era real, siendo inverosímil que el desfase en cuentas y resultados en tan corto espacio de tiempo se deba a la apreciación de distintos criterios contables de obligado cumplimiento, o exclusivamente a circunstancias sobrevenidas, por el hecho de haberse producido retirada de los depósitos de clientes, desencadenándose a partir de la oferta de la ampliación de capital y venta de acciones los verdaderos acontecimientos acordes con su realidad financiera, que se tratan de justificar dentro de la actividad ordinaria bancaria y decisiones descritas, produciéndose sin embargo finalmente el resultado reseñado de resolución de la entidad y pérdida patrimonial de los accionistas, siendo prueba de ello, además, que, desde el 13 de Julio de 2.017 hasta finales de ese año la entidad adquirente emitió la oferta de esa denominada “acción de fidelización” dirigida a los adquirentes de acciones u obligaciones subordinadas del Banco Popular, entre Mayo de 2.016 y Junio de ese año, a cambio de la renuncia a ejercer cualquier acción legal frente al Banco Santander, en un claro intento de paliar los negativos efectos de una ampliación de capital y venta de acciones manifiestamente cuestionada, sumándose que el 19 de Octubre de 2.018, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, incoó expediente sancionador por infracción muy grave al Banco Popular, Consejeros Ejecutivos, miembros de la Comisión Auditora y Director Financiero, por el suministro a la CNMV de información financiera con datos inexactos o no veraces en las cuentas anuales de 2.016, como dato igualmente objetivo del que se infiere la conclusión antes apuntada, cuya expresa mención por ese órgano técnico e imparcial, y sin perjuicio del resultado que en el mismo se produzca, ya denota dentro del ámbito valorativo de la presente resolución, junto con los demás elementos y extremos analizados, la no veracidad del folleto e inexactitud determinante de una ampliación de capital y compra de acciones viciada en su origen.*

Interesa destacar que la anterior resolución se posiciona, asimismo, sobre las pruebas periciales para concluir lo siguiente:

*“4ª) Ahora bien, se hace preciso constatar que, además de las anteriores consideraciones, desde el punto de vista de las pruebas periciales practicadas centradas más en la discusión técnico-contable con la evidente disparidad de criterios, posicionándose los peritos en respectivas conclusiones favorables*



de parte, sin embargo, constan aportados dos informes que revisten una objetiva imparcialidad y trascendencia confirmatoria de las anteriores conclusiones; así en primer término, obra en las actuaciones el Informe emitido por los Inspectores del Banco de España, Sres. Ruíz-Clavijo y Hernández Romeo, de 8 de Abril de 2.019, incorporado a las actuaciones seguidas en las Diligencias Previas 42/2017, del Juzgado de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, y a los efectos propios de esta jurisdicción civil, independientemente de la finalidad, objeto y resultado que produzcan en el ámbito de aquella jurisdicción penal, incorporado como documental en la vista del 23 de Abril de 2.019, y también aportado en el CD por la entidad demandada en este Rollo de Apelación, en el que establecen tres conclusiones principales: 1) La resolución o liquidación del Banco se debió a tres episodios de fugas de depósitos durante el segundo trimestre de 2.017, siendo el del 31 de Mayo el de especial gravedad; 2) En cuanto al cumplimiento con la normativa contable: Las cuentas anuales que se reflejan en el folleto de la ampliación de capital, no respetaban determinados aspectos de la normativa contable, en especial la clasificación de las operaciones refinanciadas en dudoso, y 3) Sobre la documentación en la que se asentó la ampliación de capital: algunas de las hipótesis para llegar a las estimaciones contenidas en el folleto eran demasiado optimistas, en especial la evolución prevista de dudosos, lo que unido a la baja cobertura planificada para los adjudicados, invalidaba las estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia de este documento.

En consecuencia, independientemente de que aquí no se juzgan las causas de resolución y venta de la entidad bancaria, y la posible causa desencadenante final de la misma cual fue la retirada de depósitos, centrándonos en la validez y eficacia de la situación financiera e información facilitada en el folleto, no cabe sólo hablar de incumplimiento de la normativa contable sobre la que se asentaban las cuentas y datos incluidos en el mismo, sino también y sin solución de continuidad, del "exceso de optimismo" vertido que no deja de ser eufemismo de datos no reales en las previsiones, en una valoración media razonable, exigibles a una entidad sumamente profesionalizada, desde una perspectiva más objetiva y técnica, sobre todo cuando de ello depende precisamente la compra de acciones por inversores, y cuando, a mayor abundamiento, los peritos señalan las causas concretas de ese excesivo optimismo, especialmente, la evolución prevista de dudosos y la baja cobertura planificada para los adjudicados, concluyendo que todo ello "invalidaba" aspectos esenciales de la información como eran las "estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia de este documento"; en definitiva confirman su inexactitud y no ser veraz, considerando a modo de epílogo, que dicho folleto carecía de solvencia.

En segundo lugar, corroborando el contenido y naturaleza de ese folleto respecto a su inexactitud y no ser veraz, por razón de los datos contenidos en cuanto al estado financiero y solvencia de la entidad, consta igualmente el Informe emitido por la CNMV de fecha 23 de Mayo de 2.018, documento nº 25 de la demanda, previo a la apertura del expediente sancionador incoado con fecha 19 de Octubre de 2.018, por infracción muy grave al Banco Popular, Consejeros Ejecutivos, miembros de la Comisión Auditora y Director Financiero, por el suministro a la CNMV de información financiera con datos inexactos o no veraces en las cuentas anuales de 2.016, cuyas conclusiones establecen "que la información financiera consolidada del Banco Popular del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiero patrimonial. De manera adicional, existen otros factores cualitativos que vienen a reforzar la conclusión sobre la gravedad, el impacto o la relevancia de los anteriores ajustes contables. De acuerdo con las informaciones suministradas por la propia Entidad a la CNMV con fecha 11 de octubre, al menos para el ajuste por insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos de la cartera crediticia que debe ser objetos de provisiones individualizadas, se confirmaría la intencionalidad de determinados altos directivos de la Entidad en incurrir en los referidos errores. Adicionalmente, la Entidad desglosó unas ratios de capital regulatorio mejores de las reales, por no haber deducido del capital regulatorio de la entidad determinadas financiaciones a clientes, por importe de 239 millones de euros, que se utilizaron para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevaba a cabo en mayo de 2016. Estas circunstancias, a nuestro juicio, deberían suponer la apertura de un expediente sancionador a la Entidad y sus órganos de administración y alta dirección por haber suministrado a la CNMV información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omite aspectos o datos relevantes (art. 282 y 271 del TRLMV)", todo lo cual evita mejor y más argumentación al respecto, independientemente también del resultado del expediente,





al incluir este informe tanto indicios objetivos de la actuación, como datos técnicos y conclusiones razonables en la línea apuntada, que confirman la expresadas en la presente resolución.”

### **SÉPTIMO.- De la condición de inversor profesional del demandante**

Es incontrovertido y así resulta del relato de hechos probados transcrito supra, que el demandante tiene la consideración de cliente profesional en los términos previstos en el art. 205 TRLMV, que considera como tales “*aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos*”.

También es cierto que, aun cuando no se refieran a un supuesto idéntico al que nos ocupa (en nuestro caso, nos encontramos ante una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados y, por este motivo y de conformidad con el art. 35 TRLMV, no existía obligación de publicar un folleto) las SSTS núm. 23/2016 de 3 de febrero y núm. 24/2016 de 3 de febrero dictadas con ocasión del “Caso Bankia” distinguen entre el pequeño inversor y los inversores profesionales, cualificados o institucionales, pues respecto de los pequeños inversores sólo tienen el folleto como medio para 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, mientras que, por el contrario, los grandes inversores, los profesionales, cualificados o institucionales “*pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria*”.

Sin necesidad de profundizar en cuáles pueden ser, en abstracto, esos medios legales de información, que el TS no especifica -los asuntos que resuelve afectan a pequeños inversores-, para decidir el caso de autos debe atenderse a si el Sr. dispuso o podía disponer de una información distinta de la que la entidad BANCO POPULAR estuvo ofreciendo al mercado y que también ha quedado transcrita en el relato de hechos probados de esta resolución.

Pues bien, a pesar de la inherente atenuación del nivel de protección del que gozan los inversores profesionales frente a los inversores minoristas, tal circunstancia no puede suponer que deba de prevalecer, frente a lo publicado por la entidad emisora de los valores, las alegaciones vertidas por la demandada con base a suposiciones o elucubraciones referidas a que el demandante pudiera estar al corriente de información especializada o “privilegiada”, máxime cuando esta información a la que pudiera tener acceso no se concreta.

Que el demandante sea un inversor profesional y que haya sido parte del Consejo de Administración de otra entidad bancaria, que, a mayor abundamiento, pasó por un proceso de reestructuración, no permite concluir que el Sr. accediera a información societaria interna de la entidad BANCO POPULAR, más allá de lo que pudieran reflejar las cuentas anuales que son objeto de publicación en el Registro Mercantil. En esta línea pueden citarse, v.gr. **SAP Madrid, sección 14 del 21 de diciembre de 2016 Sentencia: 414/2016 Recurso: 657/2016 Ponente: ...** o **SAP Zaragoza Civil sección 4 del 31 de julio de 2017 Sentencia: 332/2017 Recurso: 135/2017 Ponente: ...**



En prueba de interrogatorio, el demandante ha puesto de manifiesto que, conocedor –como no podía ser de otra forma- del funcionamiento y riesgos de las Participaciones Preferentes adquiridas y tras negar que en esta operación recibiese servicio de asesoramiento por parte de UBP, lo determinante era, a su juicio, que la solvencia de la entidad emisora, BANCO POPULAR, no bajara por debajo del 7% (en este sentido y según la información de las condiciones de la emisión que se publicaron en el BORME “Las Participaciones Preferentes se *convertirán obligatoriamente en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Popular si Banco Popular o su grupo presentan una ratio de capital de nivel 1 ordinario (ratio de Common Equity Tier 1) inferior al 7%, calculada con arreglo al Reglamento 575/2013, o cualquier otra normativa de recursos propios aplicable en cada momento al Emisor.*”). Afirma el demandante que, si la solvencia bajaba de ese 7% las Participaciones se convertían en acciones. De hecho, considera que para él ni siquiera un producto de alto riesgo (pese a que así se califica expresamente) porque se basaba en la solvencia de la entidad y la solvencia está respaldada, por Ley, por los organismos reguladores y el auditor, siendo que tanto la CNMV, como el Banco de España, como la auditoría daban una solvencia superior a 11. Y en este sentido, nunca existió información de que la solvencia bajara de 7.

Y lo cierto es que de los Hechos Probados transcritos supra se desprende, recuérdese:

-en Hecho Relevante de **29.7.2016** BANCO POPULAR comunica que “en la prueba de evaluación global realizada por el BANCO CENTRAL EUROPEO y la AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA, ...su ratio CET 1 *phased in* se sitúa en el 13,45 por ciento en el escenario base y en el 7,01 por ciento en el escenario adverso...si se tiene en cuenta la mencionada ampliación (de 2016), en 2018 en el escenario adverso se alcanza un CET 1 *phased in* de 16,78 por ciento y un CET 1 *fully loaded* de 16,78 por ciento. En el escenario adverso en 2018 se alcanza un CET 1 *phased in* de 10,34 por ciento y un CET 1 *fully loaded* de 9,95 por ciento.”;

-en Nota de Prensa de **3 de febrero de 2017** se decía que “A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 *phased-in* del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos. Por su parte, la ratio de capital CET1 *fully loaded* proforma se ha visto afectada por algunos elementos volátiles y por las pérdidas del último trimestre. A finales del segundo trimestre esta ratio se situaba en el 13,71% y posteriormente ha sufrido variaciones por diferentes cuestiones, unas ordinarias y otras extraordinarias. Teniendo en cuenta todos estos factores, la ratio CET1 *fully loaded* proforma se sitúa en el 9,22% y la CET1 *fully loaded* se sitúa a finales de 2016 en el 8,17%;

-en Hecho Relevante de **3 de abril de 2017**: “del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%.”;

-en Nota de Prensa de **5 de mayo de 2017**, respecto a la solvencia se decía que “A cierre de marzo la ratio CET1 *phased in* del banco es del 10'02% la ratio CET1 *fully loaded* del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su



solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."; y

-en Hecho Relevante de **11 de mayo de 2017** afirma que al cierre del trimestre el patrimonio neto del banco ascendía a 10.777 millones de euros y que la ratio de capital total se situaba en 11,91%, por encima de las exigencias regulatorias.

Diffícilmente puede exigirse al demandante otra conducta de comprobación o verificación de la solvencia de BANCO POPULAR cuando resulta que, en primer lugar, poco más de un año después de realizar la adquisición, tuvo lugar la macroampliación de capital de 2016 y la delicada situación económica de la entidad no parece que fuera detectada ni siquiera por los pertinentes organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dichas funciones (de la SAP Vizcaya de 29 de Septiembre de 2016).

Y, en segundo lugar, la demandada sigue afirmando, sistemáticamente, que BANCO POPULAR siempre ofreció una imagen fiel acerca de la situación económico-financiera por la que atravesaba, negando que la resolución de la entidad fuera motivada por un problema de solvencia.

Si la demandada sostiene que la información semestral y anual que publicaba BANCO POPULAR era exacta y que la entidad fue solvente hasta el momento mismo de la resolución, no se comprende que se afirme que el demandante disponía de una información adicional ("privilegiada") que le permitía conocer que la entidad atravesaba por dificultades tales que abocaron a su resolución.

Y es que, sea profesional o minorista, el inversor confía de buena fe en que la entidad cumpla con sus deberes legales de facilitar esta información adecuada, conforme al principio general de responsabilidad negocial. Esto es, el principio de confianza en la contratación lleva razonablemente a esperar, por parte de los inversores, que la información que van a recibir para valorar el riesgo de su inversión es fidedigna.

En esta misma línea también puede citarse, ya para el caso de un inversor profesional que realizó una adquisición de acciones de BANCO POPULAR, la SAP, sección 17 del 12 de noviembre de 2020 Sentencia: 284/2020 Recurso: 783/2019 Ponente: *“Como insiste la recurrente, no era posible que conociera la situación de la entidad, porque por mucha diligencia que empleara en el estudio de los documentos que le fueron facilitados, y por mucho análisis que efectuara de la información pública existente, la misma era incorrecta, por lo que por muy experto que se sea, no permitía formarse una representación ajustada de la realidad”*.

Las consideraciones expuestas deben llevar a estimar la demanda, concluyendo (SAP Valladolid sección 3 del 02 de abril de 2019 Sentencia: 131/2019 Recurso: 640/2018 Ponente: *(Z)*), a los efectos de la aplicación del art. 124 TRLMV, que *“Pocas dificultades ofrece la generación del daño al inversor en la medida en que el mismo estaría concretado en el efecto de reducción a "O" de la inversión acordada por la Resolución del JUR de 7 de junio de 2017, existiendo una evidente la relación o nexo causal entre ambos elementos pues, como ya indicamos, de no haberse suministrado información inexacta o incorrecta (que no expresaba la imagen fiel) en el ejercicio 2016 (y anteriores), no se hubiera tenido que*



*realizar los hechos relevantes y demás comunicaciones extraordinarias por parte del consejo de administración a la CNMV, ni se habría generado la fuga masiva de depósitos, que finalmente derivó en la fatal Resolución del JUR para sus accionistas e inversores.”*

#### **OCTAVO.- Cuantía de la indemnización**

Consecuencia de cuanto se ha expuesto anteriormente es, pues, la estimación de la pretensión ejercitada por la parte actora, de responsabilidad de la entidad emisora (BANCO POPULAR, hoy BANCO SANTANDER) ex art 124 TRLMV, debiendo ser la consecuencia inherente a tal pronunciamiento la indemnizatoria de los daños y perjuicios sufridos por la actora, siendo que la pérdida sufrida se corresponde con la totalidad de la inversión.

Y de dicha cantidad habrán de detrarse las ventajas obtenidas. Así, v.gr. la sentencia del Tribunal Supremo 81/2018, de 14 de febrero (que aborda la cuestión de cómo se debe calcular la indemnización por responsabilidad contractual en la comercialización de un producto financiero complejo), resuelve que a la hora de liquidar los daños hay que detrarse las ventajas obtenidas. El daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor al que ha quedado reducido el producto y los intereses cobrados.

En efecto, si una relación contractual produce al mismo tiempo un daño y una ventaja deben compensarse entre sí. Por lógica jurídica, no es admisible que el contratante cumplidor quede patrimonialmente en mejor situación con el incumplimiento que con el cumplimiento. Ahora bien, se detrarán aquellas ventajas obtenidas por el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste. El Tribunal Supremo, a tal fin, saca a colación el artículo 1106 del Código Civil, conforme al cual el daño resarcible se corresponde con el perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual debe tenerse en cuenta el lucro o provecho obtenido.

Criterio que se reitera en la STS 382/2019, 2 de Julio de 2019 Número de Recurso: 501/2017, Ponente: *[Nombre]*. “En efecto, es jurisprudencia reiterada de esta sala, a partir de las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero, que en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.”

Y es por ello que de la suma reclamada se han de detrarse los rendimientos percibidos en razón de la inversión.

#### **OCTAVO.- Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen a la demandada las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación



## FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D./Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_, en los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos contra BANCO SANTANDER S.A., se DECLARA la responsabilidad de la demandada por incumplimiento de las obligaciones informativas impuestas por la Ley del Mercado de Valores, condenando a BANCO SANTANDER S.A. a indemnizar a la demandante en los daños y perjuicios causados, que se fijan en la suma de **3.112.500 euros**, minorada en los rendimientos obtenidos de las PARTICIPACIONES PREFERENTES BANCO POPULAR I/2015 más los intereses legales devengados desde la fecha de la reclamación extrajudicial, incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución y hasta el pago o consignación.

Y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

De conformidad con la Disposición Adicional decimoquinta de la L.O.P.J., introducida por la L.O. 1/09, para formular dicho recurso de apelación contra la presente resolución, la parte recurrente deberá consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, la cantidad de 50 euros en concepto de "depósito para recurrir en apelación" debiendo acompañar el justificante de ingreso junto con el escrito de interposición del recurso, advirtiéndose a las partes que no se admitirá ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (d.a decimoquinta número 7).

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Móstoles.

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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por