

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3

GANDIA

Calle CIUDAD DE LAVAL, 1°

TELÉFONO: 96 286 72 56

N.I.G.: 46131-42-1-2020-0003004

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000591/2020

SENTENCIA n° 93/2021

En Gándia, a 7 de mayo de 2021.

Vistos por mí, M^a Victoria Donat Sarrí, Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de los de Gándia y su Partido Judicial, los presentes autos sustanciados por los trámites del Juicio Ordinario, que versan sobre reclamación de cantidad, representados con el n° 591/2020 y seguidos a instancia de
representado por el Procurador Sr. Vico Sanz, contra BANCO SANJANUER SA, representada por el Procurador Sra Pons Font, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La representación procesal de la parte actora formuló demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad, y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que entendió de aplicación, terminaba suplicando la estimación de la pretensión ejercitada.

SEGUNDO. - Por medio de decreto se admitió a trámite la demanda ordenando su traslado a la parte demandada y su emplazamiento para que se personase en legal forma y la contestara en el plazo de veinte días, todo ello con las advertencias y prevenciones legales oportunas.

TERCERO. - Por la demandada se contestó dentro de plazo la demanda, presentando escrito de alegaciones en el sentido de oponerse a parte de las pretensiones de la actora.

CUARTO. - Por medio de decreto se convocó a las partes para la celebración de la correspondiente Audiencia Previa, acto al que comparecieron las partes personadas por medio de sus respectivas postulaciones procesales. No habiendo llegado las partes a ningún acuerdo extrajudicial y desechada la posibilidad de llegar a una transacción judicial, se dio la palabra a las partes para la delimitación de los términos del debate, tras lo cual, y existiendo hechos controvertidos, se recibió el pleito a prueba, proponiéndose por las partes los medios de prueba que estimaron conducentes a la acreditación de los hechos en que fundan sus pretensiones y resistencias, admitiéndose los que se consideraron

pertinentes y útiles para su práctica en el acto del juicio, todo ello como es de ver en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, convocando a las partes para la celebración del acto del juicio.

QUINTO. - Al acto del juicio comparecieron en legal forma las partes. Practicada en unidad de acto la prueba admitida con el resultado reflejado en soporte apto para la grabación y reproducción de imagen y sonido, quedaron los autos listos para resolver con arreglo a los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se interpone por la actora " DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO, RESPECTO A LAS ACCIONES DE BANCO POPULAR QUE SE SUSCRIBIERON EN LA AMPLIACION DE CAPITAL 2.016, ejercitando por el siguiente orden y de forma subsidiaria:

- ACCION ANULABILIDAD del art. 1261, 1265, 1269, 1270, 1300, 1301 y 1303 del Código Civil

- ACCION DE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS (ARTS. 1101 del Código Civil en virtud del art. 38.3 del Reglamento de la Ley del Mercado de Valores)

RESPECTO A LAS ACCIONES DE BANCO POPULAR SUSCRITAS EN EL MERCADO SECUNDARIO EN EL AÑO 2014 Y 2016, ejercitando por el siguiente orden y de forma subsidiaria:"

- ACCION DE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS (ARTS. 1101 del Código Civil en virtud del art. 124 del Reglamento de la Ley del Mercado de Valores)

- ACCION DE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS (ARTS. 1101 del Código Civil en virtud del art. 38.3 del Reglamento de la Ley del Mercado de Valores) "

Alegat: "respecto a las acciones que suscribió en la ampliación de capital de 2016, vamos a solicitar la nulidad por vicio en el consentimiento y subsidiariamente una indemnización por los daños y perjuicios como consecuencia, a las informaciones falsas u omisión de datos relevantes del folleto de ampliación de 2016, y respecto a las acciones Banco Popular suscritas en el mercado secundario en 2014 y 2016, interponemos una acción de por los daños y perjuicios que ha sufrido mi mandante, pues de haber sabido la realidad de la imagen de solvencia de Banco Popular cuando las suscribió en el año 2014 y 2016 no las hubiese suscrito, ni mucho menos las hubiese mantenido en su cartera de haber reflejado los informes de banco popular anuales y financieros su imagen fiel.

En el momento de la amortización de las acciones en junio de 2.017, mi mandante conservaba la totalidad de las acciones que había suscrito.

4ª, de 06.03.2019; SJPI núm. 4 de Valencia de 04.04.2019; SJPI núm. 17 de Valencia de 29.11.2019 y de 13.12.2019; SJPI núm. 16 de Valencia de 16.05.2019; SSJPI núm. 27 de Valencia de 20.06.2019 y 20.09.2019; SJPI núm. 14 de Valencia de 31.07.2019; SJPI núm. 2 de Torrent 14.10.2019; SJPI núm. 4 de Torrent de 19.11.2019 y 03.02.2020; SAP Ponvedra, 6ª, de 26.11.2019; SJPI núm. 15 de Valencia de 17.12.2019; SJPI núm. 4 de Sueca de 19.12.2019; SAP Madrid, 8ª, de 15.01.2020; SJPI núm. 3 de Sagunto de 25.02.2020 y de 26.02.2020; SAP Madrid, 14ª, de 09.03.2020; SJPI núm. 20 de Valencia de 13.03.2020; SJPI núm. 5 de Torrent de 20.05.2020; SJPI núm. 2 de Orlívent de 07.07.2020; etc., etc. (aportadas las más relevantes como Documentos núm. 34 a 40 de la contestación), etc., etc.

Precisamente porque era fidedigna, la información financiera recibió el visto bueno del auditor y de la CNMV tras un riguroso proceso de fiscalización.

Lo que luego ocurrió es que los riesgos a los que se aludía en la misma (STJUE sobre cláusulas suelo, cambios normativos, etc.) se materializaron, sucedieron otros hechos novedosos que lastimaron todavía más la situación de la entidad (drástico descenso actividad banco, necesidad de acometer reestructuraciones de plantilla, venta apresurada de activos con las pérdidas que ello implica, etc.) y todo ello, unido a una fuga masiva de depósitos, arrastró a la entidad a la resolución que le impuso la JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN (en adelante, JUR).

Pero –se repite– la información era exacta, razón por la cual las pretensiones ejercitadas en la demanda no pueden merecer favorable acogida.

De hecho, y por paradigmático que pueda parecer, el informe de los inspectores del BANCO DE ESPAÑA aportado de contrario (Documento núm. 21 de la demanda) avala que las cuentas reflejaban la imagen fiel."

SEGUNDO.- Como es sabido, las acciones objeto de este procedimiento no pueden ser catalogadas por valores complejos. Y así, la sentencia de la AP Valencia, Sección novena de fecha 29/12/2014: "Por último, para culminar este fundamento, es de precisar, que la acción como instrumento financiero no es un producto de inversión complejo -como ciertamente califica la sentencia, de instancia-, por tanto, ya en su suscripción (mercado primario) ya en su compra (mercado secundario), no son necesarias las exigencias informativas de mayor rigor y nivel que la Ley del Mercado de Valores impone para productos complejos; en concreto, ante las alegaciones de los demandantes apelantes, no resulta preceptiva la necesidad de practicar un test de conveniencia, excluido expresamente por el legislador, como así fija expresamente el artículo 79 bis 8 de la mencionada Ley, recogiendo las directrices de la Directiva 2006/73. La clara razón o fundamento de ello es que son productos fácilmente liquidables a precios públicamente disponibles, evaluados por un sistema independiente al emisor y, además, productos medianamente comprendidos en sus características por los inversores. La carencia de relación contractual entre litigantes de un contrato de gestión de cartera o de asesoramiento en materia de inversiones, excluye, igualmente, la necesidad de la práctica del test de idoneidad."

Por otra parte, el principio fundamental sobre el que pivotan las

normas regulatorias del mercado de valores es el principio de transparencia informativa.

A través de la imposición de obligaciones de información a los operadores que intervienen en los mercados, que se completa con un sistema de autorización administrativa y de sanciones ante su incumplimiento, se tratan de alcanzar dos objetivos de política legislativa: la protección de los mercados y la protección del inversor. De esta manera, las normas del mercado de valores cumplen una función de protección de intereses supraindividuales o generales a la que se suma la de protección de intereses individuales.

En el caso de las OPVs ello se concreta en la obligación de elaborar un folleto informativo de forma previa al lanzamiento de la oferta que será objeto de aprobación por parte de la CNMV y que deberá ser publicado. Esta obligación viene impuesta en el ámbito de la UE por la Directiva de Folletos y las normas de transposición nacionales, que establecen la necesidad de publicar un folleto cuando la oferta sea pública, esto es, cuando la oferta tenga una mínima entidad y esté dirigida a un número mínimo de inversores minoristas. La finalidad de la publicación del folleto es que el inversor cliente de forma previa al comienzo de la oferta, gracias a la información que en él se contiene, con los elementos de juicio suficientes como para tomar una decisión de inversión informada. O dicho de otra manera, que se proporcione información al mercado para que este la procese y transforme en la referencia que los inversores manejan que es el precio.

El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores, que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (LMV/88 art.27.1-actual LMV art.37-). En concreto, contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de:

- los activos y pasivos;
- la situación financiera, beneficios y pérdidas;
- así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.

Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

Habida cuenta de que el control de la información que se hace en la aprobación del folleto no incluye la comprobación de la veracidad de los datos incluidos, se hace necesario para que el régimen del folleto funcione que cliente con un sistema de sanciones ante su incumplimiento tanto de naturaleza jurídico-pública, fundamentalmente de carácter administrativo pero también en el caso de las conductas más graves de carácter penal, como de naturaleza jurídico-privada. Mientras que las primeras tienen como principal objetivo fomentar el cumplimiento de las normas de transparencia, las segundas buscan fundamentalmente la tutela de los inversores, aunque indirectamente también actúen como mecanismo disuasorio.

La actora sustentaba la acción ejercitada respecto a la compra de acciones el 20 de junio de 2016 en que Banco Popular falló a la verdad en el folleto de emisión de acciones, concretamente en la situación financiera de la entidad, reflejando una situación de solvencia que no era real sino ficticia.

En el caso de autos no se está discutiendo la omisión de información relevante en relación a las características o naturaleza del producto adquirido(acciones), dado que el mismo es sobradamente conocido, desde el punto de vista del ciudadano medio (sin que éste catalogado como producto complejo), el hecho de que, una acción de una sociedad cotizada en bolsa, puede experimentar, incluso de un día para otro, fluctuaciones en los mercados que cotizan, lo cual influye en su valor y, por tanto, en los beneficios o pérdidas del accionista. Dicho accionista, mediante la adquisición, acepta el riesgo inherente de su cotización variable, por lo que hace complicado, mediante alegación de omisión de la información transmitida, la existencia de vicio en el consentimiento por desconocimiento de la naturaleza del producto o error en la identificación de las características esenciales del mismo, justo lo contrario que sucedía en las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que están catalogados como productos complejos.

Lo que se ha de valorar es si la traslación de la información contractual sobre la solvencia de la entidad titular de las acciones se correspondía con la realidad, puesto que, según la actora, no reflejaba una imagen fiel, en tanto que los datos contables de la entidad no se correspondían con su verdadera situación económica, lo que indujo a la demandante a suscribir las acciones bajo la aparente solvencia que mostraba la entidad.

En cuanto al error en el consentimiento que alega la parte actora al ejercitar la acción de nulidad relativa, los requisitos los dispone el art. 1266 CCV al decir que debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo.

Para que pueda apreciarse el error debe darse en el momento en que se perfecciona el contrato, como expresa la STS 21 mayo 1997, rec. 1342/1993.

Desde antaño la jurisprudencia había fijado los requisitos necesarios para su apreciación. Partiendo de que, como expresa la STS de 21 de abril de 2004, rec. 1791/1998, la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, esta misma sentencia y otras numerosas resoluciones como las STS 11 diciembre 2006, rec. 239/2000, y 17 julio 2006, rec. 873/2000, han admitido que dicho consentimiento puede quedar viciado cuando se emite erróneamente.

De la jurisprudencia se deriva que la concurrencia de error debe ser interpretada restrictivamente, y que éste ha de ser esencial y excusable, debiendo concurrir relación de causalidad entre el consentimiento erróneamente prestado y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado.

El art. 1.266 CCV exige que para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato. La exige

806/2014, de 15 de julio de 2014 , prevea 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 la reducción del capital social a cero euros 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.

13.- El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que comunicaba la decisión del JUR y las medidas adoptadas por dicha Junta, decisión que determinó que el 8 de junio de 2017 se amorticen las acciones y seguidamente se decretó su venta a Banco de Santander por un euro

14.- Ese mismo día 7 de junio se produjo la adquisición del 100% de las acciones de nueva emisión de Banco Popular por parte de Banco Santander.

15.- El 28 de julio de 2017, el Banco Santander, S.A., socio único, aprobó una ampliación de capital por importe de 6,880 millones de euros que esa entidad suscribió en su totalidad, que tenía por objeto restablecer los niveles de capital requerido por el Banco Central Europeo.

Pues bien, en cuanto a la valoración de tales hechos probados, diremos que se debe concluir de los mismos que es evidente la distorsión de los datos ofrecidos a los inversores con la realidad acontecida en un corto lapso de tiempo, pues en el plazo de menos de un año desde la ampliación de capital, una entidad de crédito que se presenta como solvente y con futuro, pasa a ser resuelta por la JUR y vendida por un euro a Banco de Santander, por lo que resulta evidente que el Banco Popular en el momento de la ampliación de capital de 2016 se encontraba en una situación económica y financiera mucho más grave que la mostrada en el folleto y demás documentación accesible al público inversor, en la que se daba una imagen de solidez completamente ajena a la realidad, siendo ocultada esa situación real en las cuentas, priorizando la entidad su interés en captar capital antes que transmitir a sus clientes de manera transparente la situación real del Banco, dando una información contable incorrecta ante el desconocimiento de contabilidad bancaria de la gran mayoría de los inversores, conteniendo dicho folleto profundas inexactitudes, ocultaba información relevante y daba una imagen optimista de la situación de la entidad, en cuanto informaba posibles pérdidas en 2016 por importe muy inferior a las realmente producidas y declaradas pocos meses después de la emisión del mismo, mostrando una imagen positiva en aquellos aspectos de mayor fortaleza (negocio bancario tradicional) y ocultando las deficiencias derivadas del negocio inmobiliario en el que la entidad estaba fuertemente expuesta por la política

financiera previa en este sector, sobrevalorando lo positivo (beneficios, indicadores de solvencia y de rentabilidad, finalidad de fortalecimiento de la entidad...) y minusvalorando lo negativo (los riesgos y pérdidas que ya existían en el momento de la ampliación de capital de 2016 y que se conocerán después), siendo relevante el informe emitido por la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 28 de mayo de 2018 en relación al informe financiero anual correspondiente al año 2016 en el que se refleja que la información financiera consolidada de Banco Popular no reflejaba la imagen fiel de dicha entidad. En dicho informe desde el primer momento (epígrafe 2) se pone de manifiesto que se habían identificado "...determinados indicios que pudieran poner de manifiesto que hubiera sido necesario realizar ajustes adicionales a las cuentas anuales consolidadas del Banco Popular de 2016 para que las mismas reflejasen su imagen fiel...". A lo largo del mismo se van desglosando tales indicios tales como:

- Un ajuste patrimonial antes de impuestos sobre las cifras originalmente publicadas de las cuentas anuales de 2016 de 553 millones de euros, con el resultado de una minoración del resultado netamente superior al estimado en el hecho relevante de 3 de abril de 2017 (epígrafe 17).
- Un ajuste negativo, como consecuencia de la re-expresión de las cuentas de 2016 de un 3,5 % del patrimonio neto consolidado de dicho ejercicio (epígrafe 18), con especial incidencia en una bajada significativa del valor de las acciones.
- La intencionalidad de algunos directivos de la entidad en los errores de cálculo de las provisiones que provocó mostrar unas ratios de capital regulatorio mejores de los reales con un impacto negativo por valor de 123 millones de euros (epígrafe 20), eligiendo la muestra de forma conveniente y con el objeto de pasar inadvertida al control del supervisor y de la firma de auditoría (epígrafe 23).
- La concesión de préstamos a inversores para la adquisición de las acciones por la ampliación de capital (epígrafe 25).
- Discrepancias en las cifras de patrimonio neto del Banco Popular en los informes financieros a 31 de diciembre de 2016 y la declaración intermedia del primer trimestre de 2017 con los estados financieros intermedios de 30 de junio de 2017, con influencia sobre la imagen fiel de la entidad (epígrafe 26).
- Ajustes en la información financiera del primer trimestre de 2017 que han supuesto pérdidas después de impuestos por valor de 12.218 millones de euros, que deberían de haber sido registrados al formular las cuentas anuales consolidadas de 2016 (epígrafes 28 a 31).
- Desajustes en relación con la financiación del negocio inmobiliario (epígrafes 32 a 37) que justifican la necesidad de haber tenido que contabilizar los saneamientos a los que hace referencia en las cuentas de 2016.

- Describe las áreas donde se ponen de manifiesto que la información financiera consolidada del ejercicio 2016 no reflejaba la imagen fiel de la situación financiero patrimonial y los resultados del grupo (epígrafe 46)

Desde la base de estos indicios y la justificación dada en el informe de la CNMV, se concluye que se suministró a la CNMV información financiera con datos inexactos o no veraces, cuando no informaciones directamente engañosas o que omiten datos relevantes (epígrafe 54), así como que los ajustes registrados en la cuenta de resultados del primer semestre de 2017 se deberían de haber registrado contablemente en el cierre del ejercicio 2016 (epígrafe 59).

En el informe pericial aportado por la parte actora, y ratificado en el acto del juicio por el Sr. Gálvez, concluye en ese mismo sentido, al contrario que el informe pericial de la parte demandada, también ratificado por el Sr. Torres, que imputa todo el proceso de degeneración de la entidad de crédito hasta su resolución por la JUR en base a un problema de liquidez por la fuga de depósitos, en lo que no estamos de acuerdo, pues si bien no se cuestiona que se dio esa fuga de depósitos, hay que decir que esta retirada masiva de depósitos es la consecuencia de una serie de deficiencias en los estados financieros de Banco Popular, que derivó en la pérdida de confianza de los depositantes, siendo especialmente significativo al respecto la lectura del resumen ejecutivo del informe de los peritos del Banco de España, que justifica la existencia de problemas de la entidad anteriores a 2015 y que pretendieron ser tapados o solucionados con la ampliación de capital de junio de 2016, indicando que ya las cuentas de 2015 no respetaban determinados aspectos contables del marco del Banco de España, siendo su corrección parcial lo que motivó las pérdidas a diciembre de 2016, al igual que no había finalizado el saneamiento del negocio inmobiliario, entendiendo que una parte significativa de las pérdidas debería de haberse reflejado en las cuentas de los ejercicios anteriores a 2016. Por otra parte, hay que decir que el informe pericial de la parte demandada no resulta útil para resolver la controversia de autos, pues se basa en el examen de los registros del sistema de contabilidad de Banco Popular, datos que no están al alcance de los inversores en el momento de decidir la compra de acciones, y tampoco de los peritos de la parte contraria al tratarse de datos internos y no públicos de la entidad de crédito, en tanto que si que consideramos útil el informe de la parte actora pues, con un objeto centrado en la presente reclamación, se limita a determinar si la información pública que podía consultar cualquier inversor era suficiente para que éste alcanzase la conclusión de que era factible invertir, con los riesgos asociados a toda compraventa de acciones (la fluctuación del valor de las acciones adquiridas), al reflejarse una imagen adecuada de la situación del Banco, concluyendo dicho informe pericial que la información financiera presentada en la ampliación de capital de 2016 no era correcta y no reflejaba la imagen fiel de la entidad, conclusión que consideramos acorde con la valoración de los hechos probados que hemos expuesto para concluir que la situación financiera narrada en el folleto de la OPS y las perspectivas del emisor no eran reales, y al divulgarse al público suscriptor, entre ellos el actor, fue determinante para que éste decidiera adquirir las acciones, y cabe presumir que el actor, de haber conocido la difícil situación real en la que se encontraba la entidad demandada que desembocó

menos de un año después en la intervención del FROB, no habría suscrito las acciones, por lo que concurre un claro vicio en el consentimiento prestado por la parte demandante, que determina la anulabilidad del contrato, tratándose de un error inexcusable y, por tanto se estima la pretensión de nulidad de la adquisición de acciones de fecha 20/06/2016 por vicio en el consentimiento, por importe de CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS, (4.907,50€) y, consecuencia de ello deberán las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de los contratos, esto es, la devolución por Banco Santander a la actora de la cantidad de CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS, (4.907,50€), más los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición de dichas acciones hasta la fecha de la Sentencia, deduciendo de dicho importe las cantidades percibidas por la demandante en concepto de derechos, venta de derechos, y de cualquier otra cantidad que hubiese podido percibir por las acciones.

CUARTO.- En cuanto a las adquiridas en el mercado secundario en el mes de noviembre de 2014 y en el mes de febrero de 2016, es aplicable la acción de responsabilidad de los emisores del artículo 124 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre.

Dice el artículo 124.-1:

<<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.>>

El artículo 118 de ese texto legal impone la difusión y publicación del informe financiero anual e informe de auditoría de las cuentas anuales y el artículo 119 impone también la publicación y difusión de los informes financieros semestrales.

En cuanto a la alegación de la demandada de que la propia norma específica que conllevó la resolución de BANCO POPULAR (la Ley 11/2015, de 18 de junio, de resolución de entidades de crédito) imposibilita que se conceda indemnización alguna a los accionistas afectados por un proceso de resolución, diremos que la base de la acción de responsabilidad es la información falsa o incompleta de las cuentas y no la resolución de la entidad de crédito por el FROB. El hecho de que no se reconozca un derecho de indemnización a favor de los accionistas, debe de entenderse limitado sólo a las consecuencias de la resolución, pero no supone la pérdida de su derecho a considerar que han sufrido unos daños

y perjuicios derivados de la información facilitada o tomada en consideración para la compra de las acciones en los mercados primario o secundario, que nace con anterioridad a la resolución de Banco Popular, está prevista en una ley que igualmente en relación al objeto de esta acción es especial con respecto a la Ley 11/2015 y con respecto a las cuales nada se dice en la resolución ni en las medidas adoptadas por la JUR y el FROB. Es una acción diferente con autonomía propia frente a otras acciones, incluidas las del artículo 71 de la Ley 11/2015. Precisamente la pérdida de valor de sus acciones es el daño y perjuicio que les permite ejercitar la acción de los artículos 38 y 124 LMRV a los accionistas, no con base en la resolución de la entidad de crédito sino con base en las propias informaciones inexactas emitidas por la entidad de crédito. Se hubiese producido o no la resolución por aplicación de la Ley 11/2015, el actor sería titular de esta acción y hubiera podido ejercitarla frente a Banco Popular o su sucesor.

Pues bien, también procede estimar la pretensión de la parte actora pues los hechos constitutivos de la misma resultan acreditados con las conclusiones del informe pericial aportado por la misma, ratificado y explicado por su autor en el acto del juicio, indicando en dicho informe que se da desde el inicio de la crisis económica de 2009 un error en la contabilización de los inmuebles que se observa en la dotación de sus provisiones en comparación con la evolución del precio de la vivienda concluyendo que la información financiera presentada en los informes anuales y semestrales de ejercicios anteriores a 2016 no era correcta y no reflejaba la imagen fiel de la entidad, y que, al menos desde el ejercicio 2014, se había apartado de los criterios contables del Banco de España, sin identificar adecuadamente los créditos contables ni dotar las provisiones pertinentes, conclusión que coincide con la expuesta en la sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra de fecha 3 de diciembre de 2020, que concluye que, desde al menos el ejercicio 2011, las cuentas anuales del Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, ofreciendo una situación económica que no se correspondía con la realidad, sentencia cuyos argumentos compartimos y transcribimos:

* 11.- En la sentencia de esta misma Sala nº 407/2020, de 10 de julio (rollo de apelación nº 284/2020), hicimos un repaso de los hechos que resultaban del examen de la prueba documental aportada y, en todo caso, a disposición de cualquier interesado al proceder, en esencia, de organismos públicos (resoluciones e informes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España, la Junta Única de Resolución europea..., informes periciales emitidos por peritos del Banco de España y aportados a procesos judiciales en trámite) y de hechos conocidos y publicitados por diferentes medios de comunicación dado el interés general de los mismos:

1º Las cuentas anuales individuales del Banco Popular Español, S.A., y las cuentas anuales consolidadas del mismo ejercicio de la entidad Grupo Banco Popular, S.A., y sociedades dependientes, ambas del ejercicio de 2012, fueron auditadas por Pricewaterhouse Coopers (PWC), sin salvedad alguna. No obstante, mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de

En el apartado 4º de la sentencia de la AP de Pontevedra se dice: "Ciertamente que la mencionada sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que todavía no se ha pronunciado sobre el particular." Pues bien, el 5 de octubre de 2020 recayó Sentencia del TS, confirmando la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Sigue diciendo la Sentencia de la AP de Pontevedra: "pero también lo es que, entre tanto, en junio de 2018, se hicieron públicas las conclusiones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre concesión por el Banco Popular de préstamos a entidades financieras offshore entre los años 2014 a 2016 y en las que se decía (doc. 3 ter de la demanda):

" En base a la documentación incautada en el registro de 27/04/2016 en las oficinas del despacho de abogados..., la compañía THESAN CAPITAL, S.L (...), a través de sociedades vinculadas, llega a acuerdos con la entidad financiera BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (...) encaminados a ocultar operaciones de financiación concedidas por la entidad financiera a sociedades españolas, utilizando para este fin compañías instrumentales localizadas en Luxemburgo.

Las sociedades españolas se encuentran en serias dificultades financieras, acumulando importantes pérdidas, con una posición deudora importante o incluso en concurso de acreedores. La mayor parte de la financiación proviene de la entidad Banco Popular Español, S.A. La situación económica y financiera de las sociedades españolas plantea serias dudas sobre el cobro de los préstamos, las líneas de crédito, leasing y cualquier otro instrumento de financiación concedido por Banco Popular. THESA CAPITAL S.L. (...) ofrece servicios de reestructuración mediante entidades creadas al efecto en Luxemburgo, controladas por sus altos directivos y cuya misión es canalizar préstamos para inyectar liquidez hacia las entidades españolas en dificultades.

BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. acuerda con las sociedades ligadas a THESAN CAPITAL S.L. la creación de sociedades instrumentales en Luxemburgo, denominadas en su propia terminología "vehículos". En la creación de las sociedades instrumentales participa el despacho..., intermedando entre los directivos de THESAN CAPITAL S.L. y los despachos de abogados de Luxemburgo que realizan la labor de fiducia.

La entidad financiera concede a estos "vehículos" préstamos y líneas de crédito. El importe de la financiación está ligado a las necesidades financieras de las sociedades españolas en dificultades.

Las sociedades luxemburguesas ("vehículos") entran en el capital de las sociedades españolas y conceden préstamos con el límite máximo de la financiación recibida del Banco Popular.

En caso de concederse préstamos participativos, el mecanismo busca evitar que las sociedades en dificultades entren en el motivo de disolución

obligatoria fijado en el artículo 362 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010), en concreto el apartado e) "Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso".

Las sociedades españolas reciben la financiación en forma de disposiciones del crédito concedido por la sociedad instrumental luxemburguesa. Estas recepciones de fondos se plasman en anexos al contrato de préstamo.

THESAN CAPITAL S.L. (...) cobra un importe fijo por sus servicios y un importe variable, ligado a las cantidades que se consigan recuperar de los préstamos anteriormente concedidos por la entidad financiera y a los nuevos préstamos...

5º A título de ejemplo, la AEAT recogía las siguientes operaciones en su informe:

" Participa en un 50% en la compañía CORPORACIÓN FINANCIERA ISSOS S.L. (...). La adquisición de estas participaciones por parte de DUBLON HOLDING S.A. se realizó por importe de 1 euro, en base a escritura pública con número de protocolo 5 de fecha 05/01/2015 del notario de Madrid... La vendedora, GESTIÓN DE ACTIVOS CASTELLANA 40 SLU (...) tenía un crédito frente a COPORACION FINANCIERA ISSOS S.L. (...) de 23.259.229,22 euros, del que cede la mitad (11.829.614,61 euros) a DUBLON HOLDING S.A.

El otro 50% de las participaciones está en manos de la luxemburguesa BRASA INVESTMENT S.A. (...).

La entidad financiera BANCO POPULAR concedió con fecha 31/12/2014 un préstamo por importe de 29.260.000,00 euros a la compañía luxemburguesa DUBLON HOLDING (...).

(sigue impreso de la operación)

En 1ª misma fecha se firmó contrato de cuenta de crédito de DUBLON HOLDING, S.A. (...) con BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., con un límite de crédito de 1.540.000,00 euros.

(sigue impreso de la operación)

DUBLON HOLDING S.A. (...) concede el 31/12/2014 un crédito a la compañía TIFANY INVESTMENTS S.L.U. (...) con un importe máximo de 25.000.000,00 euros. El mismo día se produjo la transferencia de 21.500.000,00 euros desde la cuenta... titularidad de DUBLON HOLDING S.A., a TIFANY INVESTMENTS S.L.U. Constan otras dos transferencias con la misma ruta por importes de 1.000.000,00 y 200.000,00 euros en fecha 28/01/2015 y 04/02/2015,

misma cartera analizada, la inspección del Banco de España tenía indicios de incorrecta clasificación que llevarían a clasificar en dudoso 1.475 M €.; quinto, estas irregularidades se prolongan, a pesar de los requerimientos de la Autoridad supervisora para que revisara los criterios, a lo largo de 2015 y hasta el último trimestre de 2016, en que realizó una reclasificación a dudoso significativa, de forma que las cuentas de 2015, sobre las que se basó la ampliación de capital de 2016, se elaboraron con base en aquellos criterios, y, sexto, asimismo, en el marco de esta nueva política y contrariamente a lo que establecía la Circular del Banco de España, se liberaron provisiones de activos adjudicados, que incrementaron ficticiamente su valor.

13.- A la vista de estos datos, esta Sala entendió que, desde al menos el ejercicio 2011, las cuentas anuales del Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, ofreciendo una situación económica que no se correspondía con la realidad, fundamentalmente porque, al margen de otras irregularidades o distorsiones, se maquillaban o reducían las partidas de préstamos y créditos a cobrar, es decir, los dudosos, y se sobrevaloraban los activos inmobiliarios, todo ello en unas cuantías que tenían notable repercusión en las cuentas anuales y que, por tal motivo, podían influir en las decisiones económicas tomadas por los usuarios con base en los estrados financieros (en el ejercicio 2016 el ajuste necesario alcanzó el 3,5% del patrimonio neto consolidado).*

Quedando probado que, al menos desde el ejercicio 2011, la información financiera presentada en los informes anuales y semestrales no era correcta y no reflejaba la imagen fiel de la entidad, concluimos que se da una relación de causalidad derivada de la información inexacta y el daño sufrido por la parte actora, que no es otro que la pérdida íntegra de su inversión como consecuencia de la resolución del Banco Popular por la JUR y por el FROB, por lo que, concurriendo los presupuestos para la prosperabilidad de la acción ejercitada, procede estimar la pretensión indemnizatoria ejercitada por la parte actora respecto a las acciones compradas en el mercado secundario en noviembre de 2014 y febrero de 2016, por lo que deberá indemnizar a la actora en la cantidad de DIEZ MIL TREINTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y OCHO CENTIMOS, (10.033,68€), por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la suscripción de dichas acciones de banco popular, deduciendo de dicho importe las cantidades percibidas por el demandante, si las hubiere, en concepto de dividendos, venta de derechos o cualquier otra cuantía que hubiese recibido como consecuencia de las acciones, menos el valor de las acciones de las que dispone el actor, valoración que se establecerá a la fecha de sentencia, más el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda.

QUINTO.- En lo que se refiere a las costas procesales, procederá condenar a su pago a la entidad demandada, conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Se **estima** la demanda interpuesta a instancia de

representado por el Procurador Sr. Vico Sarz, contra BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador Sra Pons Font, **declaro la nulidad por vicio en el consentimiento** de la orden de adquisición de 3.926 acciones de Banco Popular en fecha de 20/06/2016 por importe de CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS, (4.907,50€) y, consecuencia de ello **declaro** la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de los contratos, esto es, la devolución por Banco Santander a la actora de la cantidad de CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS, (4.907,50€), más los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición de dichas acciones hasta la fecha de la Sentencia, deduciendo de dicho importe las cantidades percibidas por la demandante en concepto de derechos, venta de derechos, y de cualquier otra cantidad que hubiese podido percibir por las acciones.

Respecto de las acciones que la parte actora suscribió en el mercado secundario, 1.184 acciones Banco Popular, suscritas en fecha 7 de noviembre de 2014 por importe líquido 5.017,91€, y 2.300 acciones Banco Popular suscritas en fecha 3 de febrero de 2016 por importe líquido 5.015,77, **declaro** la obligación de la entidad bancaria de **indemnizar** a la actora en la cantidad de DIEZ MIL TREINTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y OCHO CENTIMOS, (10.033,68€), por los **daños y perjuicios** que le ha ocasionado la suscripción de dichas acciones de banco popular, deduciendo de dicho importe las cantidades percibidas por el demandante, si las hubiere, en concepto de dividendos, venta de derechos o cualquier otra cuantía que hubiese recibido como consecuencia de las acciones, menos el valor de las acciones de las que dispone el actor, valoración que se establecerá a la fecha de sentencia, más el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda.

Se condena a la demandada al pago de las **costas**.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA en el plazo de **20 DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación,

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

también recoge diversas distinciones (página 282 del informe):

" En el caso del Banco Popular la revisión de las muestras de las carteras de PYMES y minorista no conllevó ajustes, concentrándose los ajustes por la revisión individualizada de acreditados y su extrapolación en la cartera de promotores (250 M€). En cambio, el cálculo alternativo de provisiones colectivas tuvo impactos en la cartera de promotores (166 M€), pero también en las carteras de PYMES (200 M€) y particulares (40 M€).

En este caso, a diferencia con la revisión de 2012, no se realizó una inspección del Banco de España simultáneamente con la revisión de KPMG, auditor que llevó a cabo la revisión de la calidad de la cartera. No obstante, según el documento "nota seguimiento ejercicio aq. banco popular v5", facilitado por el Banco de España, parece que, al igual que en el 2012, también podría haber discrepancias con la clasificación de las operaciones respecto a la revisión del auditor que llevó a cabo los trabajos. No obstante, estas discrepancias eran de menor importe, así se indica que a la fecha de la nota, el auditor había recalificado a dudoso 649 M€, cuando en acreditados en la misma cartera analizada, la inspección del Banco de España tenía indicios de incorrecta clasificación que llevarían a clasificar en dudoso 1.475 M€, y en subestándar 1.224 M€ (en el AQR no se definió la exposición subestándar, los riesgos se clasificaban en normales o dudosos). "

12.- A modo de resumen, en la mencionada sentencia concluimos que el examen de las mencionadas resoluciones administrativas y judiciales e informes de organismos supervisores y de peritos del Banco de España, revela:

1º La Resolución del ICAC y posterior la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional -que la confirma-, consideran acreditado, con ocasión de revisar el cumplimiento por la sociedad de auditoría de las NTA, que los fondos de comercio fueron incorrectamente valorados y contabilizados en las cuentas anuales de 2012, con un impacto en el balance del 3,4% de su activo.

2º La AEAT abrió al Banco Popular un expediente al constatar una práctica, que se remontaba, al menos al año 2014, dirigida a refinanciar sociedades españolas a las que había concedido préstamos por cantidades relevantes (196.000.000 € según la AEAT) y que tenían pérdidas tan elevadas que les abocaban a la disolución, con el consiguiente impacto en las cuentas del Banco que, para evitar dicha situación, contrató a la entidad THENSAN CAPITAL S.L. para que constituyese sociedades offshore en Luxemburgo y a las que -siempre según la AEAT- concedía préstamos con el fin de que, a su vez, dichas entidades financiaran mediante préstamos a las sociedades españolas, que de este modo recibían liquidez sin que figurara como prestataria el Banco Popular, eludiendo la causa de disolución y que aquél tuviera que plasmar en sus cuentas dicha situación.

3º En la comunicación del Hecho Relevante de 03/04/2017, aunque el

Consejo de Administración trata de minimizar el impacto de los ajustes que se comunican, además de una actuación expresamente prohibida en el art. 150 LSC, se admite la existencia de dos irregularidades, insuficiencia de provisiones de créditos morosos y sobrevaloración de las garantías inmobiliarias en el balance, que provienen de ejercicios anteriores a 2015 y que, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, inciden de modo en el patrimonio neto.

4º En el informe de Deloitte, a instancia de la JUR, se reiteran las dos irregularidades contables descritas, préstamos y cuentas a cobrar y valoración de los activos inmobiliarios, apuntando la necesidad de ajustes de valoración de 3.542.000.000 € en el primer caso y una sobrevaloración de activos, por incumplimiento de la normativa legal, de 3.100.000.000 €, estimando que el Banco Popular tenía un valor negativo de entre -2.000.000.000 € y -8.000.000.000 €.

5º En el informe de la CNMV de 23/05/2018, tras resaltar la gravedad del reajuste derivado del Hecho Relevante de 03/04/2017, en tanto que supuso la minoración del resultado del ejercicio del Grupo en 126 millones de euros y de su patrimonio neto en 387 millones de euros, se ratifica que las causas por las que las cuentas anuales no reflejaban la imagen fiel son, principalmente, las cuentas de morosos y la sobrevaloración de activos inmobiliarios, aclarando que aquellos ajustes eran manifiestamente insuficientes y que las irregularidades se remontaban a ejercicios anteriores.

6º Finalmente, del informe emitido por los peritos del Banco de España en el procedimiento penal se desprende, primero, que la situación de la entidad a diciembre de 2011 era mala, con ratios de mora crecientes (inversiones dudosas de 6.918M€, y una ratio de mora del 7,7% frente a la media del 4,8%), reclasificaciones significativas pendientes de realizar -lo que suponía pérdidas por deterioro significativas al citarse las provisiones adicionales pendientes de ser reconocidas por 2.756 M€- y una posición de liquidez estructural apalancada con una dependencia elevada de los mercados mayoristas no adecuada a su tipo de negocio; segundo, en el ejercicio 2012, el Banco popular tenía unas necesidades de capitalización de 3.223 M€, constataándose tanto por la sociedad auditora como, sobre todo, por el Banco de España, importantes desfases así sobre las necesidades de reclasificación (1.693 M€ Deloitte y 6.614 M€ la inspección), como de mayor déficit de provisiones identificado en la revisión individualizada (355 M€ y 1.925 M€) y en el cálculo automático (45 M€ y 395 M€); tercero, en el año 2013, la actuación del Banco de España implicó un incremento general de los saldos clasificados como dudosos y que la entidad contabilizara la parte de las reclasificaciones detectadas por una inspección del Banco de España del año 2012 no registradas en este año; cuarto, si bien a partir de 2013, los dudosos comenzaban a disminuir, en 2016 se incrementan, variación que se atribuye al cambio de la política contable interna del Banco Popular para la clasificación de operaciones y que se apartaba de los criterios sobre refinanciaciones del Banco de España, al extremo de que en 2014 el auditor calificó como dudosos 649 M€, cuando en acreditados en la