

Jurisdicción: Civil
Ponente: [ANTONIO ALONSO MARTIN](#)
Origen: Audiencia Provincial de Valladolid
Fecha: 01/07/2019
Tipo resolución: Sentencia
Sección: Tercera
Número Sentencia: 275/2019
Número Recurso: 77/2019
Numroj: SAP VA 956/2019
Ecli: ES:APVA:2019:956

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 14 DE ENERO DE 2019 , en el procedimiento ORDINARIO N. 866/2018 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:
" Que ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de DOÑA Zulima , DOÑA Angustia y DON Ramón contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A. (ANTES BANCO POPULAR, S.A.), debo declarar: 1) La Nulidad de los contratos de compra de acciones con el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

suscrito entre la Sra. Zulima y su esposo Sr. Luis Francisco , en la ampliación de capital de Banco Popular de junio de 2016; nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente anterior a la suscripción de dichos contratos, procediendo como consecuencia el reintegro a los demandantes de la cantidad de SEIS MIL DOCE EUROS Y CINCUENTA CÉNTIMOS (6.012,50 €), más el interés legal del dinero desde la suscripción de las acciones y la restitución por los actores a la entidad demandada de las cantidades percibidas en concepto de dividendos y el interés legal de las mismas desde la fecha de sus percepción, si existieran; cantidades que se precisarán en ejecución de sentencia.

2) Condeno a la entidad BANCO SANTANDER S.A. a estar y pasar por estas declaraciones, así como al abono de las cantidades señaladas.

3) Todo ello con expresa condena en costas a la entidad demandada." Que ha sido recurrido por la parte demandada BANCO SANTANDER, oponiéndose las partes contrarias.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 25 DE JUNIO DE 2019, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La representación procesal de BANCO DE SANTANDER S.A ., recurre en apelación la sentencia de instancia que, estimando sustancialmente la petición

principal de la demanda formulada contra esta por DOÑA Zulima , DOÑA Angustia Y DON Ramón , por vicio o error en el consentimiento al amparo de los artículos 1.261 y siguientes, 1.300 y siguientes, del Código Civil , declara la nulidad de los contratos de compra de acciones con el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., suscrito entre la señora Zulima y su esposo señor Luis Francisco , en la ampliación de capital de Banco Popular de junio de 2016; nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente anterior a la suscripción de dichos contratos, procediendo como consecuencia el reintegro a los demandantes de la cantidad de 6.012, 50 €, más el interés legal del dinero desde la suscripción de las acciones, y la restitución por los actores a la entidad demandada de las cantidades percibidas en concepto de dividendos y el interés legal de las mismas desde la fecha de su percepción, si existieran; cantidades que se precisarán en ejecución de sentencia; y condena a sí mismo a la demandada a estar y pasar por esta declaración, así como al pago de las costas procesales.

Basa su impugnación alegando, entre otros extremos, la infracción de los artículos 216, siguientes y concordantes de la LEC , por la valoración errónea, arbitraria e ilógica de la prueba, al considerar la sentencia erróneamente que Banco Popular no ha acreditado que la información proporcionada a los demandantes sobre su situación reflejase la imagen fiel de la entidad y equiparar el caso de autos al caso Bankia, basándose en el informe pericial aportado por los actores sin tener en cuenta, a la hora de valorar los hechos controvertidos, las conclusiones del informe pericial aportado por la demandada, así como tampoco la correcta información contenida en el Folleto Informativo de la ampliación de capital de mayo-junio de 2016, que publicó toda la información financiera disponible al tiempo de la ampliación de capital, en la que se especificaba los riesgos de la inversión de los demandantes (documentos 3.2), que también se especificaba en la nota sobre las acciones (documentos 3.3); que las cuentas de ampliación de capital fueron auditadas por PwC, que manifestó que la información financiera elaborada por los administradores del banco mostraba la imagen fiel de situación patrimonial y financiera.

En función de lo expuesto, reproduciendo en gran medida su escrito de oposición alegando la veracidad de la información financiera dispuesta después de la ampliación; de reiterar las circunstancias que se sucedieron durante las semanas previas al 7 de junio de 2017 que provocaron la falta de liquidez del banco y su consiguiente resolución, que nada tiene que ver con las acciones que se ejercita; de insistir en un error en la valoración de la prueba respecto del Folleto Informativo, en el que sí se advertía expresamente de los riesgos específicos de la inversión, y que como consecuencia de la materialización de los riesgos explicitados y advertidos oportunamente en el Folleto se produjo la intervención del banco por parte de la JUR; de señalar la infracción del artículo 56 de la de Sociedades de Capital por la imposibilidad de declarar nula la suscripción de acciones en una ampliación de capital obligando a la restitución recíproca de las prestaciones; y de concluir en la infracción de los artículos 1.266 y siguientes del Código Civil en base a que no concurren los requisitos del error-vicio del consentimiento para declarar la nulidad de la suscripción de acciones llevada a cabo por los demandantes, pues el error alegado no sería esencial, y en su caso inexcusable, y además la ausencia de nexo causal, interesa en definitiva, conforme a las razones y doctrina que cita, la íntegra desestimación de la demanda.

Se opone al recurso la parte demandante, que solicita la confirmación de la sentencia, negando la infracción de los preceptos que cita la recurrente, reproduciendo al efecto las alegaciones de su escrito de demanda para justificar que la información que proporcionó el Banco Popular a los demandantes no reflejaba la imagen fiel del mismo; que la recurrente pretende que sólo se tenga en cuenta su informe pericial y se desechen otras

pruebas como el informe pericial aportado con la demanda y las distintas resoluciones de organismos públicos abrir (ICAC, CNMV, JUR, BCE, etc...).

Que sobre la pretendida infracción del artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital , y la supuesta imposibilidad de declarar nula la suscripción de acciones en una ampliación de capital, obligando a la restitución recíproca de las prestaciones, ya se ha pronunciado reiterada jurisprudencia tanto nacional como europea, que ha reiterado que no es óbice para declarar la nulidad de los contratos de suscripción de acciones el hecho de que éstas representen parte del capital social de la entidad.

Concluye insistiendo en la infracción de los artículos 1266 y siguientes del CC , así como que el banco no mostró su imagen fiel conforme a los argumentos y doctrina que cita para justificar la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Planteado en estos términos el recurso, en el que se suscitan cuestiones por motivos de impugnación de los que ya ha tenido ocasión de conocer esta Sala es supuestos idénticos, podemos afirmar de entrada que la juzgadora de instancia no incurre en los errores de valoración probatoria ni en las infracciones legales y jurisprudenciales que alega el Banco recurrente. Por el contrario, las consideraciones y razonamientos que aquélla efectúa en sus fundamentos, especialmente en el Fundamento Cuarto, para concluir que la información que facilitó la entidad en el momento de la ampliación no respondía a una imagen fiel de la misma, y en función de ello la existencia de un error esencial e inevitable invalidante del consentimiento, son consideraciones que no sólo se ajustan fielmente al resultado probatorio obtenido cuya valoración corresponde de forma primera y primordial al juzgador distancia, siendo función del Tribunal de apelación verificar si en la ponderación conjunta del material probatorio aquél se ha comportado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, pues, frente a lo alegado por la recurrente, la juez de origen no incurre en tales desviaciones por el hecho de dar acogida a las conclusiones de la prueba pericial de la actora frente a la de la demandada, cuando aquélla, además, resulta corroborada por otros medios probatorios como son las resoluciones de las entidades que se indican en la sentencia, sino que también aplica e interpreta con buen criterio la normativa y la jurisprudencia sobre el error como vicio del consentimiento (artículos 1. 261 y siguientes, y 1.303 y siguientes del código civil); y coincide además esta valoración y conclusión con lo que esta misma Audiencia Provincial y Sección 3ª ha venido expresando al examinar y resolver otros supuestos de compra de acciones del mismo banco emisor, misma ampliación de 2016, y con documentación sustancialmente coincidente.

TERCERO.- En el sentido indicado la sentencia de 17 junio 2019 , que cita a su vez la sentencia de 9 mayo de 2019 (Ponente Sr. Francisco Pañeda), en la que, rebatiendo objeciones similares a las que aquí esgrime el banco recurrente, se dice lo siguiente: " ...Lo primero que conviene aclarar es que las acciones constituyen un instrumento de inversión regulado en la Ley de Mercado de Valores de 1988 (art. 2), calificándolos como productos no complejos, lo que evidentemente tiene consecuencias en relación con el deber de información del que comercializa el producto, sino también respecto a la exigencia de someter al adquirente a los denominados test de conveniencia o idoneidad propios de este tipo de productos. No obstante, no podemos confundir la información sobre la naturaleza del producto que, como decimos, no es el fundamento de la acción ejercitada, pues se presupone a cualquier inversor que conoce que se trata de un producto de riesgo y volátil, con la información financiera y contable suministrada a los suscriptores sobre entidad.

Por ello, resulta indiferente que los inversores conocieran perfectamente los riesgos de la operación en el momento de suscribir la Orden de Suscripción de Acciones, o que hubieran sido sometidos a un test de conveniencia, puesto que lo verdaderamente esencial -y es objeto de discusión en el presente procedimiento- es la veracidad de la información incluida en el Folleto en relación con la solvencia y expectativas económicas de la entidad emisora, y no tanto la información sobre el tipo de producto contratado y sus riesgos. No se cuestiona por los actores que la inversión podía generar un beneficio inferior al esperado o, incluso, no generar beneficio alguno, como tampoco se niega que pudiera provocar pérdidas del valor invertido pues, efectivamente, tales situaciones no dejan de ser una mera concreción de los riesgos propios de la inversión. Sin embargo, el debate jurídico se centra en dilucidar si el consentimiento del suscriptor estuvo viciado por la errónea información suministrada por el emisor, lo que condicionó gravemente la perfección del negocio jurídico.

El Tribunal Supremo nos recuerda en su sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, que: "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además, el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la

consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

En particular, la mencionada sentencia del Tribunal Supremo nº 23/2016, de 3 de febrero de 2016 (caso BANKIA) añade que: "en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre , tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones. Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial".

En el caso que nos ocupa destacamos dos circunstancias relevantes que afectaron de forma esencial en la formación del consentimiento de los actores en la suscripción de las nuevas acciones del BANCO POPULAR y que suponen un incumplimiento de las obligaciones asociadas al emisor a la hora de confeccionar el folleto informativo: 1) la falta de exactitud de las cuentas anuales aprobadas por la entidad que sirvieron de base para elaborar el folleto; 2) falta de claridad y suficiencia de la información suministrada por el emisor en el folleto a la hora de plasmar los objetivos últimos de la ampliación de capital. Ambas circunstancias se adivinan como responsabilidades principales del emisor conforme a la legislación especial sobre la materia y, en particular, sobre la confección del folleto informativo, instrumento esencial sobre el que pivota la operación de ampliación de capital.

I. Falta de exactitud o corrección de la información suministrada en el folleto Como ya expusimos en la sentencia de misma Sección 3ª de la Audiencia Provincial nº 73/2019, de 22 de febrero, conviene recordar que el apartado 1 del art. 37 TRLMV establece que "atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, la información del folleto deberá permitir a los inversores 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", añadiendo en su apartado 3 que "formarán parte de la información fundamental, como mínimo, los elementos siguientes: a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera; (...) e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible".

Es, por tanto, información necesaria y esencial la relativa la "suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas...", lo que nos lleva a

preguntarnos si los datos financieros y contables facilitados a los inversores al tiempo de la ampliación eran fidedigna y se ajustaba convenientemente a la realidad económica y financiera de la entidad. Pues bien, sobre esta cuestión adquiere especial relevancia la comunicación a la CNMV que el Consejo de administración realiza el 3 de abril de 2017 (Hecho Relevante que constituye un hecho notorio o de público conocimiento en términos procesales que no precisa de prueba -art. 281.4-) en el 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 "provienen de ejercicios anteriores a 2015".

La lógica pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿Se puede considerar que tales irregularidades contables -por valor de 205 millones de euros- incluidas en las cuentas del 2015, tienen entidad suficiente como para determinar la incorrección o inexactitud del folleto y, por ende, comprometer el consentimiento prestado por los actores? En nuestra opinión la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa por un doble motivo: En primer lugar, porque la información suministrada en el folleto y las cuentas anuales puestas a disposición de los inversores en el momento de suscribir las acciones, no se ajustaban, como el propio Consejo de administración reconoció a principios de abril de 2017, con la realidad de la situación financiera de la entidad, especialmente en lo que al patrimonio neto se refiere. No parece dudoso que la consecuencia de provisionar tales créditos garantizados por el Banco Popular no fue otro que "llevar a pérdidas" tales activos en el balance, con la evidente variación, no solo del patrimonio neto, sino también de los índices de solvencia, ratios de cobertura, rentabilidad y calidad de activos que se incluyen de forma recurrente en el folleto informativo.

Ahora bien, ¿nos encontramos ante irregularidades contables de relevancia o, al menos, de suficiente trascendencia como para justificar el error vicio en el consentimiento prestado por los inversores? Pues bien, es cierto que si atendemos al criterio seguido por la firma de auditoría -PwC- adjuntada a la propia comunicación del Hecho Relevante del 3 de abril de 2017, las mismas "no representan por sí solos, ni en su conjunto, un impacto significativo en las cuentas de la entidad al 31 de diciembre de 2016", por lo que aconseja la no reformulación de las cuentas anuales, e introducir correcciones retroactivas en los estados financieros del primer semestre de junio de 2017. Sin embargo, nada o poco tiene que ver el punto de vista de la firma auditora, o el criterio que pueda sostener un departamento de auditoría interna de la entidad de crédito en relación con la necesidad de reformular las cuentas, con la obligación que asiste a la entidad emisora de suministrar información veraz, precisa y suficiente sobre sus estados financieros, algo que parece difícil de sostener a la vista de las graves irregularidades contables puestas de manifiesto en el hecho relevante comentado.

En este sentido, nos parece interesante resaltar que, si bien las incorrecciones no merecieron, a juicio de la empresa auditora y del propio consejo de administración, la necesidad de reformular las cuentas, no es menos cierto que 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 nos lleva 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 y en la medida en que hacían referencia a inexactitudes contables presentes ya en las cuentas del ejercicio 2015 y en los estados financieros trimestrales conocidos inmediatamente antes de la ampliación de capital, presentaban una importancia capital para cualquier inversor que se estaban planteando en aquel momento suscribir nuevas acciones.

En definitiva, el razonamiento es sencillo: si 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-, con mayor razón le era exigible a la entidad haber presentado su situación financiera en mayo de 2016 libre de tales irregularidades en el momento de emitir las nuevas acciones.

En segundo lugar, y saliendo al paso del argumento que constituye la base de la oposición de la entidad a la pretensión de anulabilidad ejercitada por los actores, no se puede ignorar que la comunicación de este "hecho relevante" en abril de 2017 fue una de las causas que provocó la retirada masiva de depósitos por parte de los clientes de la entidad. Se sostiene por la parte apelante que el motivo por el que la Comisión Rectora del FROB adoptó la Resolución de fecha 7 de junio de 2017, por la que se acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución (JUR), fue la salida masiva de depósitos acaecida desde abril de 2017, lo que generó una súbita iliquidez del banco, y no la supuesta incorrección de la información financiera mencionada. No le falta razón a la parte apelante, pues parece razonable pensar que, si no se hubiera producido la fuga de depósitos en los meses de abril/mayo y principios de junio, el JUR no hubiera actuado de la manera que lo hizo.

Ahora bien, el hecho de que se comunicara la incorrección de las cuentas por un importe superior a los 200 millones de euros, y que tales irregularidades trajeran causa en ciertas "operaciones crediticias dudosas" no provisionadas desde antes de 2015, no parece que hubiera contribuido a frenar las salidas ingentes de depósitos, por lo que no parece tan acertado desvincular las incorrecciones contables graves (al menos lo suficientemente graves -como decíamos- para justificar su comunicación a la CNMV) con la resolución promovida por la JUR. Por otro lado, el que la fuga de depósitos comenzara a las pocas semanas de la comunicación de este "hecho relevante" (1.870 millones de euros el 20 de abril de 2017) contribuye a dotar de mayor "relevancia" si cabe a las irregularidades contables silenciadas por la entidad en sus cuentas e información disponible a fecha de la ampliación, y su posterior impacto en el fatal desenlace adoptado por la Junta Única de Resolución.

A todo lo anterior debemos añadir intangibles tales como la credibilidad de la propia entidad, sus estados financieros y de la propia auditoría a la que fue sometida la misma. La firma de PwC realizó un análisis puramente cuantitativo para concluir la "importancia relativa" de las incorrecciones, pero a nadie se le escapa que tales desajustes contables -no detectados por la auditoría- generaron una importante incertidumbre en las cuentas de la entidad, lo que sin duda contribuyó a la brusca pérdida de liquidez de la entidad en los meses posteriores.

En apoyo de lo anterior nos encontramos con el más reciente informe de la CNMV de 23 de mayo de 2018 (igualmente, un hecho notorio o de público conocimiento), en el que el organismo detectó importantes irregularidades en las cuentas anuales de la entidad en el ejercicio 2016, proponiendo a su Comité Ejecutivo el inicio de un expediente sancionador a Banco Popular y a las personas que se relacionan en el apartado X, por haber suministrado "en el informe financiero anual consolidado del ejercicio 2016 datos inexactos o no veraces o con información engañosa o que omite

aspectos relevantes", con base en los ajustes que finalmente fueron determinados y puestos de manifiesto por el Banco en la ya citada comunicación de su Hecho Relevante de 3 de abril de 2017.

Nos parece oportuno destacar del citado informe los siguientes aspectos: i) En primer lugar, el análisis de los ajustes contables comunicados a la CNMV como Hecho Relevante de 3.4.2017, y que hace la Comisión en los puntos 16 y 17 del informe. Nos llama la atención que, después de las correspondientes comprobaciones, 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). Hemos de recordar 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).

ii) Una segunda cuestión relevante a los efectos que ahora nos interesan es el examen de la materialidad cuantitativa o "importancia relativa" de los errores que efectúa la CNMV en relación con la que denomina "re- expresión" de la información financiera consolidada. En concreto, en el apartado 18 del informe expresamente se concluye que la cifra de importancia relativa utilizada por PWC en la auditoría de los estados financieros consolidados del ejercicio 2016 del Banco Popular fue de 114 millones de euros, mientras que atendiendo a los ajustes contables anteriormente referidos (387 M€) "triplica la materialidad considerada por el auditor".

El alcance de los errores en las cuentas anuales también se concluye por varios elementos cualitativos, como -se dice (apdo. 19 a 25)-: 1) la intencionalidad de algunos miembros de la alta dirección de incurrir en error sobre el cálculo de las provisiones individualizadas de saldos de clientes por deterioro (123 M€ antes de impuestos del ejercicio 2016); 2) desglose de ratios de capital regulatorio mejores de las reales por no haber deducido del capital regulatorio de la entidad determinadas financiaciones a clientes (239 M€) que se utilizaron para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada cabo en mayo de 2016.

iii) Finalmente, en el apartado IX.- Conclusiones, el informe asevera que aquellos ajustes contables comunicados el 3.4.2017 como Hecho Relevante, una vez analizados de forma razonada su naturaleza, importancia relativa y la intencionalidad mostrada por determinadas personas de la alta dirección de la Entidad para realizarlos, son materiales desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo y, por tanto, llevan a concluir que "la información financiera consolidada del Banco Popular del ejercicio 2016 no representaba la imagen fiel de su situación financiero patrimonial" (punto 54, segundo párrafo).

II. Falta de una información completa, exhaustiva y suficiente en el Folleto informativo de la ampliación de capital No menos importante, a nuestro juicio, se encuentra el segundo de los motivos que nos permiten concluir que la información puesta a disposición por la entidad emisora a los inversores, a través del folleto, no era completa o suficiente. En este caso, no apreciamos irregularidad o inexactitud de la información, ni siquiera su omisión, sino que la entregada no era suficiente o, mejor dicho, no gozaba de un tratamiento adecuado, especialmente en lo relativo a los objetivos de la emisión.

En concreto, de la atenta lectura del folleto informativo nos llama poderosamente la atención la irrelevancia que se concede a las incertidumbres y riesgos que,

paradójicamente, sí que ocupaban un papel central en el "Hecho Relevante" comunicado a la CNMV el 26.5.2016 (hecho notorio) con ocasión de la aprobación por el Consejo de Administración y la Junta de accionistas de la ampliación de capital.

Nos referimos a determinadas circunstancias puestas de manifiesto en el apartado 5 relativo a la "finalidad del aumento de capital", que son tratadas de manera casi anecdótica en el propio Folleto, cuando lo cierto es que presentaban uno de los objetivos esenciales, sino el principal, de la ampliación a la vista de los acontecimientos posteriores y la materialización de los riesgos anunciados (ver apartado 1 del hecho relevante de 2.4.2017, por importe de 123 millones de euros). En relación con esta cuestión, después de enfatizar que el objetivo de la ampliación era "fortalecer el Balance y mejorar tanto sus índices de rentabilidad, como sus niveles de solvencia y calidad de activos" -algo obvio, por otra parte-, así como "reforzar su modelo de negocio" basado en la banca comercial y minorista, de financiación de PYMES y autónomos, y del consumo, "continuando de forma acelerada con la reducción progresiva de los activos improductivos", se refiere en el párrafo tercero la presencia de relevantes incertidumbres que -se dice- "pueden afectar de forma significativa a sus estimaciones contables".

En concreto, el comunicado expone como finalidad concreta de la ampliación su necesidad de gozar de un "mayor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar significativamente a las previsiones contables", pasando a continuación a señalar que si se "materializasen total o parcialmente tales 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 de 12 puntos porcentuales hasta el 50% " (el subrayado es nuestro). La consecuencia inmediata de que se materialicen tales "incertidumbres" sería la previsible generación de pérdidas contables en el ejercicio, las cuales quedarían cubiertas con el aumento de capital y con la lógica suspensión del reparto de dividendos.

Pues bien, antes apuntábamos que el Folleto sí que menciona estas incertidumbres, aunque con un tratamiento meramente tangencial, insuficiente y con absoluta falta de rigor. En particular, en el apartado 2 correspondiente a la "aceleración de la normalización de la actividad", se menciona la necesidad de "aceleración de la reducción de activos improductivos" (pág. 17), básicamente, el negocio inmobiliario. El Folleto pone en valor la estrategia seguida desde el año 2015 indicando que la misma "ha dado sus frutos" y que tales activos improductivos "han caído drásticamente ya en el año 2015", presentado las buenas expectativas del sector para el futuro (págs. 19 a 21) para, finalmente, en la página 23 del Folleto señalar que " adicionalmente, Popular reforzará su ratio de cobertura acelerando la estrategia de reducción de activos improductivos ", incluyendo un gráfico sobre la ratio de cobertura de estos "activos improductivos" (de los que, se dice, el 87% se trata de activos hipotecarios o inmuebles directamente), en el que se da por hecho que el mismo pasará del 38% del primer trimestre del 2016 al 50% en el cuarto del mismo año, todo ello a pesar de que la leyenda que se incluye en el recuadro inferior, en negrita y enmarcado, advierte de que " ciertas incertidumbres podrían dar lugar a provisiones durante el 2016 de hasta 4.700 millones de euros ...".

Nada se añade al respecto. No se explican a qué tipo de "incertidumbres" se está enfrentando la entidad y que pueden afectar tan decisivamente el balance y patrimonio neto de la entidad. Tampoco se aclara si estas provisiones traen causa de "requerimientos regulatorios futuros", o si las incertidumbres tienen relación con el

mercado inmobiliario en general, o bien riesgos propios de la entidad como los que se pusieron de relieve por el departamento de auditoría interna al consejo y que este comunicó a la CNMV en la célebre comunicación del 3.4.2017. En cualquier caso, no parece que una información tan importante como era el objetivo de la ampliación, que mereció un tratamiento notable en la comunicación del consejo (doc. 1 bis, apartado 5), pudieran quedar reducida a una simple referencia parcial y anecdótica (pág. 23 de 35), desprovista de mayor concreción sobre las incertidumbres que acuciaban a la entidad, todo ello a pesar de ser capaz de concretar las eventuales provisiones en la nada desdeñable cantidad de 4.700 millones de euros.

Lo anterior nos permite inferir que la entidad emisora no fue del todo clara a la hora de plasmar en el Folleto los fines últimos que perseguía con la ampliación. Se ocupa el Folleto en plasmar la que denomina "normalización de nuestra rentabilidad después de 2016 y la generación de capital futuro", de tal manera que se refuerza la idea de que la ampliación ("transacción") "proporcionará más visibilidad a nuestro Negocio Principal, a nuestra franquicia líder en PYMES y autónomos, su rentabilidad y eficiencia, y nos permitirá incrementar nuestros retornos", obviando cualquier referencia al objetivo principal de la emisión que no era otro que permitir aumentar las ratios o niveles de cobertura que parecían inminentes en aquella fecha y por el importe nada despreciable de hasta 4.700 millones de euros. Todo ello sin tener en cuenta que la ratio de cobertura tomados como referencia en el folleto (38%; pág. 23) puede que tampoco se ajustar a la realidad contable conforme se explicó ampliamente más arriba.

Así las cosas, retomando las exigencias del folleto incluidas en apartado 3 del art. 37 del TRLSC, resulta que en el presente caso la entidad no presentó con claridad los motivos de la oferta y el destino de los ingresos, no facilitando esta información de forma fácilmente analizable y comprensible por los inversores, pues se utilizan términos abstractos y genéricos, sin precisar cuáles eran esos riesgos e incertidumbres que podrían llegar a generar provisiones por el importe que se menciona. Además, con independencia de que la información era insuficiente y que se privó a los inversores de elementos esenciales de juicio para decidir acudir a la ampliación, tampoco el tratamiento residual que se otorga en el folleto a esta información esencial permitió que los inversores pudieran analizar y comprender convenientemente los verdaderos riesgos que estaban asumiendo con la operación.

A estos efectos, resulta ciertamente llamativo que uno de los objetivos de la ampliación (reconocido claramente en la comunicación entregada a la CNMV del 26.5.2016 y no tan evidente en el folleto como apuntábamos) fuera la posibilidad de tener que provisionar durante el 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros en caso de que se produjeran "ciertas incertidumbres", y que, al mismo tiempo, en el apartado 3º de las conclusiones del folleto se expresara que "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuamos reforzando nuestros ratios de capital".

Concluye por todo lo expuesto la sentencia transcrita " ..que la existencia de importantes inexactitudes y omisiones habidas en el folleto provocaron una representación equivocada de la solvencia y estado financiero y contable de la entidad y ,consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, percatándose tiempo después de tal adquisición que lo que realmente habían suscrito eran valores de una entidad con importantes necesidades de provisión de activos no confesadas, riesgos e incertidumbres no explicitados, con graves incorrecciones en su balance desde antes del ejercicio 2015 no detectadas por la auditoría, que dieron lugar a un relevante comunicado a la CNMV que contribuyó decisivamente a la fuga masiva de depósitos y la posterior resolución de liquidación y venta por 1 € a otra entidad (Banco Santander),

con la consiguiente amortización inmediata de las acciones de los actores y la consecuencia pérdida patrimonial Todo lo cual determinó un error excusable en la suscripción de las acciones, que vició el consentimiento de los actores y debe conllevar la nulidad del negocio jurídico impugnado, con los efectos jurídicos contemplados en la sentencia recurrida, la cual debe ser íntegramente confirmada por error excusable en la suscripción de las acciones."

CUARTO .- También en esta misma sentencia y con respecto a una denunciada infracción de las normas sobre la carga de la prueba decíamos y repetimos nuevamente ".. parece suficiente para esta Sala la documentación referida por la parte actora en su escrito de demandada, así como aquella de notorio conocimiento por el público en general, la cual ha sido objeto de análisis por este Tribunal en numerosas resoluciones en los últimos meses, y que permite tener por acreditado el error excusable sufrido por los actores a la hora de suscribir las acciones de la ampliación de capital en el año 2016, lo que vició el consentimiento en su día emitido y que debe conllevar la nulidad del negocio jurídico ahora impugnado" .

E igualmente se daba cumplida respuesta al motivo atinente e los efectos de la nulidad de la suscripción de acciones y la posible vulneración del art. 56 LSC , trayendo a colación otra Sentencia de esta misma Audiencia y Sección de 20 de Febrero de 2019 en la que decíamos lo siguiente : " Finalmente, se alega por la entidad apelante que la sentencia dictada infringe el art. 56 LSC al declarar nula la suscripción de acciones en una ampliación de capital obligando a la restitución recíproca de las prestaciones. Se argumenta que la nulidad no podría generar efectos ex tunc (retroactivos), sino ex nunc (desde ahora), por estar vetado por el citado art. 56 LSC , al no poderse declarar la nulidad, anulación o inexistencia de la sociedad, siendo aplicable el procedimiento del art. 57.1 LSC , pues responde al objetivo de salvaguardar al máximo los intereses de terceros que han podido contratar con la sociedad, así como los propios socios.

Se antoja un tanto "artificial" o forzado el planteamiento esgrimido por la entidad apelante por cuanto, en primer lugar, no se ha ejercitado por los actores ninguna de las acciones que enumera el art. 56 LSC .

Efectivamente, desde una perspectiva societaria, lo que se interesa en el presente litigio es la anulabilidad de la suscripción de acciones llevada a cabo en una ampliación de capital, sin que el resultado de la estimación de pretensión sea la nulidad de la sociedad en su conjunto o su anulabilidad, sino la "restitución de prestaciones" (acciones / dinero invertido) como efecto propio y anudado a la declaración de nulidad de una obligación (art. 1303 CC). Lógicamente, si la anulación de esta transacción provoca o "coloca" a la sociedad en una situación de desbalance patrimonial o infracapitalización, será preciso que el órgano de administración adopte aquellas medidas necesarias para proveer su capitalización, pero en ningún caso compartimos la opinión que se esté declarando la nulidad o anulación de la sociedad en su conjunto, como persona jurídica que es. De no proceder, en caso de que fuera necesario, a recapitalizar la sociedad, igualmente procedería promover por el órgano de administración - art. 367 LSC - la disolución/liquidación de la sociedad conforme dispone el art. 363.1 LSC .

En segundo lugar, no se observa perjuicio alguno a terceros que "hayan podido contratar con la sociedad" (sic) en el caso concreto que estamos examinando. Al contrario, en supuesto concreto que nos ocupa resulta que la sociedad ha sido transmitida otra entidad (Banco Santander) por el importe de 1 €, por lo que en virtud del principio de sucesión universal en los derechos y obligaciones de la entidad transmitida, los terceros estarán "cubiertos" frente a eventuales reclamaciones que puedan surgir en sus respectivas relaciones jurídicas. El verdadero perjuicio lo asumen esos accionistas que suscribieron

las acciones cuyo valor se ha visto completamente amortizado, y no los terceros que se han visto favorecidos por la mayor solvencia de la entidad adquirente.

En este sentido, resulta paradójico que se defienda por la entidad apelante que el efecto de la nulidad consistente en restitución mutua de las prestaciones puede ocasionar perjuicios a terceros que contrataron con la sociedad cuando, como es de sobra conocido, tal efecto no provoca ningún efecto directo sobre el capital social de la entidad (patrimonio neto), en la medida en que en virtud de la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017, por la que se acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución (JUR), el capital social actual del Banco Popular quedó reducido a 0 € mediante la amortización de la totalidad de las acciones que estaban por entonces en circulación.

Por último, nos hacemos eco de la sentencia del Tribunal Supremo nº 23/2016, de 3 de febrero de 2016 (caso BANKIA) en la que se reconoció expresamente la posibilidad de declarar la nulidad por error vicio en el consentimiento, con efectos restitutorios para las partes del art. 1303 CC , en un supuesto muy semejante de OPS de acciones ."

QUINTO.- Por todo lo expuesto debemos concluir afirmando la concurrencia de los presupuestos determinantes de la existencia de un vicio o error en el consentimiento en cuanto a que con la información inexacta sobre la situación económica y sobre la solvencia de la demandada, indujo a los actores, como a otros muchos afectados, a comprar unas acciones que de haber conocido la realidad financiera del Banco Popular no habrían adquirido. Incluso podría desprenderse que un cambio tan sustancial en la situación que refleja el Folleto en junio de 2016 y la de junio de 2017 no puede ser debido más que a la ocultación de una mala situación económica; significando, frente a lo alegado por la demandada, que la información que contiene el Folleto se refiere a los riesgos genéricos de cualquier adquisición de acciones sin que contenga ninguna información específica de la situación real de la entidad emisora en dicho momento y las circunstancias de riesgo que la amenazaban, y de las que era plenamente consciente como decía la Sección Primera de esta Audiencia en la sentencia de 18 de enero de 2019 .

En consecuencia, no apreciándose ninguno de los motivos de impugnación contenidos en el recurso de apelación, la sentencia objeto de este debe ser confirmada.

SEXTO.- Al rechazarse el recurso de apelación procede imponer a la parte recurrente las costas de esta segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC .

FALLO:

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BANCO DE SANTANDER S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valladolid, en los autos de Juicio Ordinario nº 866/2018, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta segunda instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente acordamos también, la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse

confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.