

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065113

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN

Sentencia 674/2020, de 20 de octubre de 2020

Sección 1.^a

Rec. n.º 449/2020

SUMARIO:**Contratos. Nulidad. Acción de reclamación. Incumplimiento del deber de información.**

Los accionistas de Banco Popular, que perdieron el valor de sus acciones por la amortización acordada por el FROB, están legitimados para solicitar la nulidad del contrato por incumplimiento del deber de información del banco emisor de las acciones y, en particular, por errores, omisiones u ocultaciones del folleto de emisión, y además para exigir la restitución procedente. La decisión adoptada por el FROB solo acuerda la reducción del capital social de Banco Popular a cero y un simultáneo aumento de capital con transmisión íntegra de las acciones a Banco Santander (accionista único), por lo que solo afecta a las acciones amortizadas, no a derechos ni a obligaciones ni, en particular, al derecho de los adquirentes para solicitar la nulidad por error en la contratación.

La situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro. Y dado que el inversor toma su decisión sobre la información facilitada en el folleto de emisión y en la nota publicitaria de comercialización -y más, aún, el pequeño inversor- es evidente su notoria influencia al contratar, por lo que el error es invalidante.

La amortización de los instrumentos de capital prevista en el art. 39.2 de la Ley 11/2015 hace referencia a la lógica pérdida de valor que experimentan por la reducción del capital social (en este caso, a cero). Pero ese precepto se refiere a dichos valores, no a las acciones que puedan corresponder a quienes las hubieran adquirido y con base en hechos propios de la contratación o en sus actos preparatorios. La amortización solo conlleva la pérdida del objeto material del contrato, y nada hay que objetar a ello, pero esto no priva al adquirente de su acción para solicitar la nulidad del contrato.

El Banco Popular no se extinguió por resolución del FROB, sino que continuó con todo su activo y pasivo después de haberse dictado; se extinguió, con posterioridad, al fusionarse, por absorción con Banco Santander, que le sucedió en su posición jurídica a todos los efectos.

Por tanto, según el Tribunal, Banco Santander está legitimado para ser demandado en procedimientos seguidos para resolver sobre nulidad por error en la adquisición de las acciones de Banco Popular.

PRECEPTOS:

Reglamento 806/2014 (normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución), arts. 22.2 y 24.1.

Directiva 2014/59/UE (arco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión), arts. 37.3 y 38.1.

RDLeg. 4/2015 (TR mercado de valores), art. 38.3.

RD 1310/2005 (de desarrollo de la Ley 24/1988 del mercado de valores), art. 36.

RDLeg. 1/2010 (LSC), art. 56.

Código Civil arts. 1.261, 1.300, 1.301, 1.303 y 1.307.

Ley 11/2015 (recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.), arts. 26, 39.2 y 70.

PONENTE:

Don Ricardo Rodríguez López.

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 LEON SENTENCIA : 00674/2020 Modelo: N10250 C/ EL CID, NÚM. 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 987 23 31 35 Fax: 987 23 33 52 Correo electrónico: audiencia.sl.leon@justicia.es Equipo/usuario: YFD N.I.G. 24008 41 1 2019 0000141 ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000449 /2020 Juzgado de procedencia: JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N.1 de ASTORGA Procedimiento de origen: ORD. PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000071 /2019 Recurrente: BANCO SANTANDER SA, Procurador: ILDEFONSO DEL FUEYO ALVAREZ Abogado : JESUS DOMINGUEZ GOMEZ Recurrido : Donato Procurador: CARMEN YOLANDA SANCHEZ REYES Abogado : JOSE LUIS SANCHEZ CALVO,

SENTENCIA

Ilma./os. Sra. /es: D.ª Ana del Ser López.- Presidenta D. Ricardo Rodríguez López. - Magistrado D. Ángel González Carvajal.- Magistrado

En León, a 20 de octubre de 2020.

VISTO ante el Tribunal de la SECCIÓN PRIMERA de la Audiencia Provincial de esta ciudad el recurso de apelación civil núm. 449/2020 en el que han sido partes BANCO SANTANDER S.A., representado por el procurador D. Ildefonso del Fuego Álvarez bajo la dirección del abogado D. Jesús Domínguez Gómez, como APELANTE, y D. Donato representado por la procuradora D.ª Carmen-Yolanda Sánchez Reyes bajo la dirección del abogado D. José-Luis Sánchez Calvo, como APELADO. Interviene como Magistrado ponente del tribunal el limo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López.

I. ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

- En los autos nº. 71/2019 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Astorga se dictó sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, cuyo fallo, literalmente copiado, dice:

«SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por la Procuradora Sra. Sánchez Reyes, en nombre y representación de DON Donato, contra "BANCO SANTANDER, S.A." y, en su virtud, SE DECLARA LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES DEL BANCO POPULAR CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL DE JUNIO DE 2016, suscritas por importe de 13.422,50 €; condenando a la demandada a reintegrar la cantidad de 13.422,50 €, más los intereses legales devengados a partir de la fecha de ejecución de la orden de compra de las acciones. Y D. Donato deberá devolver los títulos de Banco Popular (amortizados), más los rendimientos que pudiera haber obtenido y los intereses legales desde la fecha de su percepción. Lo que habrá de determinarse en ejecución de Sentencia.

» La cantidad resultante devengará a favor de la parte demandante los intereses procesales del artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta Sentencia hasta su completo pago.

» Con expresa imposición de las COSTAS procesales a la parte demandada».

Segundo.

- Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por BANCO SANTANDER S.A. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado al apelado, que lo impugnó en tiempo y forma. Se sustanció el recurso por sus trámites, con remisión de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto. Se repartió el asunto para su resolución por el limo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López. Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 16 de septiembre de 2020.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero. Delimitación del objeto del recurso de apelación.**

La sentencia recurrida estima la demanda presentada para solicitar la nulidad del contrato de adquisición de acciones de Banco Popular (ampliación de capital de mayo de 2016) por error en la prestación del consentimiento, con reintegro de la suma satisfecha por el comprador e intereses legales, y, subsidiariamente, la condena de la

demanda a indemnizar por responsabilidad civil fundada en informaciones incorrectas e inexactas y omisiones de datos relevantes del Folleto Informativo.

La sentencia estima la pretensión principal de la demanda y declara la nulidad del contrato de adquisición de acciones por error invalidante.

En el recurso de apelación se funda:

- 1) En el error en la valoración de la prueba: considera que no se ha acreditado que la información proporcionada a los demandantes sobre la situación patrimonial no reflejase la imagen fiel de la entidad.
- 2) Error no invalidante: no esencial, excusable e inexistencia de nexo causal.
- 3) Infracción del artículo 56 de la LSC: imposibilidad de declarar nula la suscripción de acciones en una ampliación de capital obligando a la restitución recíproca de las prestaciones.
- 4) Inexistencia de acción para pedir la nulidad del contrato de adquisición de acciones de Banco Popular, S.A.: pérdida de las acciones que resultaron amortizadas por resolución del FROB.

Segundo. *Sobre la valoración probatoria: error invalidante.*

A) Valoración probatoria de la nota técnica pericial presentada por la demandada.

Este el tribunal valorará la nota técnica pericial aportada por la parte apelante, pero sin olvidar que lo relevante no es tanto la corrección o incorrección de la contabilización (existe un amplio margen interpretativo al respecto) como la diligencia exigible para ofrecer una información rigurosa y fundada en datos reales, actualizados y contrastados, y, sobre todo, para ofrecerla con transparencia. A tal conclusión llega el tribunal porque con la acción ejercitada no se pretende un enjuiciamiento contable, sino verificar que la información ofrecida al inversor era fiable y la recibió sin desviar su atención con una oferta presentada como favorable ocultando o minimizando los riesgos, o describiéndolos de modo genérico, y sin indicar de modo destacado la situación patrimonial de la entidad, como se indicará a continuación.

Tanto en la nota de presentación a inversores como en el folleto, se alude de manera destacada a la aceleración de la normalización de la rentabilidad después de 2016; término eufemístico del que ya se infiere que existía una situación de "normalización de la rentabilidad" (solo se pretende "acelerarla") y que la finalidad de la ampliación es solo impulsar algo de lo que ya se parte (rentabilidad). Lo cierto es que la finalidad no era acelerar la normalización de la rentabilidad, sino, simplemente, conseguirla, porque la entidad financiera no disponía de capacidad para ofrecerla con sus propios activos (por eso acude a una ampliación de capital). Pero no se dice que la finalidad es conseguir o recuperar una capacidad de generación de rentabilidad de al que carece, sino que se dice que la finalidad es la aceleración de la normalización de la rentabilidad.

La nota comercial es especialmente llamativa al respecto, pero en el apartado "Motivo del Aumento del Capital" del folleto también se alude a que su finalidad es fortalecer el balance del banco y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia de calidad de activos", dando por supuesta la buena situación patrimonial (que no lo podía ser cuando se precisaba una ampliación de capital de 2000 millones de euros, que, luego, se pudo comprobar que debía haber sido muy superior) y dando por supuesta la rentabilidad (se alude a mejora de los índices de rentabilidad cuando no estaba en condiciones de ofrecer ninguna: se pretendía conseguir volver a ella con la ampliación de capital). Y no se dice de manera más llana, más simple y más realista que se necesitaba el dinero para salir de un bache que impedía al banco ofrecer rentabilidad alguna.

Lo anteriormente expuesto, y lo que se expondrá en el apartado B) harían innecesaria la valoración probatoria de la nota técnica pericial presentada con la contestación a la demanda, no obstante, este tribunal ofrecerá una somera valoración probatoria al respecto de la nota técnica pericial. En ella se dice:

«(i) la pretendida falsedad en la información publicada por BANCO POPULAR en la Nota sobre las Acciones y Resumen relativos a la ampliación de capital llevada a cabo en junio de 2016, así como en las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012 a 2016 y (ii) el quebranto patrimonial que el Demandante habría sufrido como consecuencia de la conducta presuntamente ilícita de los administradores de la Entidad».

Parece tratarse de un informe preparado para un proceso penal, más que para un proceso civil. Sin embargo, en las conclusiones parece más bien un contrainforme al presentado con la contestación a la demanda. Es como si se hubiera aprovechado un informe emitido para un proceso penal para contradecir otro presentado en un proceso civil.

La nota técnica presentada por la parte demandada no acierta a explicar cómo en el breve intervalo de un año (desde la ampliación de capital en mayo de 2016 al 7 de junio de 2017) se pasó de una entidad financiera con unas ratios más que aceptables (véase resumen de las ratios en la presentación de la ampliación de capital) a una entidad financiera cuyas acciones se compraron por un euro por el Banco de Santander, S.A., que tuvo que ampliar capital en 7.000 millones de euros para sanear los activos tóxicos que Banco Popular tenía en el Balance. La nota

técnica se limita a dar por buena la contabilidad de Banco Popular, S.A., y ese cambio radical indicado, producido en el intervalo, se justifica por "una crisis de liquidez a corto plazo, sobrevinida como consecuencia de la rápida y cuantiosa fuga de depósitos" (página 47 del informe). Lo que no se explica en el informe de la demandada es por qué "[E]n el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 7 de junio de 2017, BANCO POPULAR experimentó una pérdida de depósitos por un importe superior a los 20.800 millones de euros". Es insólito que esta entidad financiera, y no las demás, sufrieran una pérdida de depósitos tan inusitada en apenas seis meses. O es casualidad que todos los depositantes retiraran depósitos por un importe tan desmesurado o es porque no tenían confianza en la situación patrimonial de la entidad. Aludir a la retirada de depósitos como causa de la crisis de liquidez es "poner el carro delante de los caballos: la retirada de fondos no es la causa sino la consecuencia de la falta de confianza de los depositantes en la situación patrimonial de la entidad financiera; a no ser que, como se ha indicado, fuera un completo azar que los depositantes se hubieran puesto de acuerdo, sin motivo alguno, para llevar a cabo esa retirada en tan breve espacio de tiempo

En el informe pericial presentado por la demandada se ofrecen muchas y variadas explicaciones acerca de la contabilización, pero se pasa de puntillas sobre la cuestión referida a la valoración de activos. Se trata de justificar la valoración con base en otro informe de supervisión solicitado por Banco Popular, emitido por KPMG Asesores, pero en ese informe ya se apunta la incorrección en la valoración de activos en su apartado "Líneas de mejora". Son varias las sugerencias, pero destacamos, en particular, las referidas a activos inmobiliarios:

«Se considera por tanto necesario que se justifiquen dichas diferencias, así como que se describa la metodología de cálculo junto con las variables empleadas para ello.

» Actualmente la LGD se proyecta a través de una regresión lineal con la curva del precio de la vivienda. En el caso del suelo hipotecario, se aplica un factor de 1,512 al precio de la vivienda, de acuerdo con el diferencial histórico entre la curva del precio del suelo y de la vivienda.

» Adicionalmente y para recoger la variación de valor de la garantía entre el momento de la adjudicación y de venta, se aplica un haircut del 28%, en el entorno del aplicado en el cálculo de capital regulatorio.

» Aunque la metodología actual se considera conservadora, se recomienda avanzar hacia un modelo en el que se incluya el tiempo estimado entre el default y la venta para establecer la revaluación de la garantía en este periodo, incluyéndose los costes de administración de los inmuebles y los costes de venta, realizándose prospecciones macro del precio de los inmuebles que permitan que la LGL recoja el escenario macro previsto.

» Homogeneizar la estimación de la PO para aquellas operaciones en la que su única evidencia objetiva de deterioro sea la cura y aquellas que además de la cura presenten otro evento».

Más que líneas de mejora¹ lo que se pone de manifiesto es una valoración ajena a la realidad y poco prudente que podrá ser "correcta" o "adecuada" para una contabilización precipitada, pero cuando se plantea una ampliación de capital de 2000 millones de euros, con la que reforzar y sacar adelante una entidad financiera, no es razonable ni diligente recurrir a criterios promediados sin efectuar una "revaluación de la garantía en este periodo", como se sugiere en el informe de KPMG y sin realizar "prospecciones macro del precio de los inmuebles que permitan que la LGL recoja el escenario macro previsto", como también se indica en ese informe.

Si tales revisiones de los criterios de valoración se consideran convenientes, por más que se puedan admitir los empleados para la contabilización, aquellos que son sugeridos como línea de mejora deben ser tomados como referencia para una reevaluación de cara a un acto tan trascendental como lo es una ampliación de capital que tiene como finalidad dotar adecuadamente el patrimonio de la entidad financiera. Aplicar criterios promediados podrá justificar la contabilización (no corresponde a este tribunal resolver al respecto), pero no resulta diligente una ampliación de capital basada en una valoración de activos que, con el tiempo, se ha visto que resultó notoriamente deficiente (Banco de Santander, S.A., tuvo que sanear activos por importe de 7000 millones de euros).

B) Valoración probatoria general.

Se comparte la expuesta en la sentencia recurrida, que sigue la expuesta en otras sentencias anteriores de este tribunal (por todas ellas, la sentencia 244/2020, de 20 de abril de 2020), a la que se añade lo expuesto a continuación.

Consta en autos aportado el folleto informativo de la oferta pública de acciones, la nota de presentación a inversores y, en general la información presentada por Banco Popular, tanto sobre sus cuentas en el año 2016 como sobre sus cuentas del año 2017, y también obra en autos certificación del acuerdo del FROB adoptado en la reunión de su Comisión Rectora del día 7 de junio de 2017. A los documentos citados cabe añadir otros que se aportan igualmente por las partes en relación con la información facilitada por Banco Popular sobre su contabilidad y situación patrimonial, que no son sino documentos expedidos por la propia entidad y por organismos públicos, sin que sea necesario entrar a valorar recortes de prensa.

Al margen de alguna variación anecdótica o circunstancial, esta documentación presentada es la misma que se ha aportado en otros procesos seguidos en relación con la misma cuestión que aquí se plantea: la nulidad de la

adquisición de acciones de Banco Popular por ampliación de capital con oferta pública de emisión de acciones registrada en mayo de 2016 ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y no puede ser de otra manera porque en todos los casos se refiere a una misma emisión: el folleto informativo está registrado con comunicación a la CNMV, las cuentas son las mismas (la contabilidad de Banco Popular no es diferente porque también lo sea el que compró las acciones) y la resolución del FROB también es la misma para todos los casos.

Esta coincidencia sustancial de hechos (ampliación de capital, folleto de emisión, nota publicitaria, comunicaciones de hechos relevantes, incidencias en la evolución de Banco Popular, resolución del FROB, adquisición por Banco Santander y hechos posteriores) se puede calificar como de casi absoluta identidad en todos los casos, por lo que es de aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el efecto indirecto o reflejo de cosa juzgada:

«La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007)». (STS, Sala 1ª, de fecha 24 de junio de 2014, recurso nº 957/2012)

En el mismo sentido, la más reciente sentencia 316/2019, de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, 4 de junio:

«El art. 222.4 LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, al decir que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. La sentencia 78912013, de 30 de diciembre, establece que el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria, desde el momento en que se admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo.

» El efecto positivo o prejudicial de la sentencia firme anterior condiciona la resolución de las posteriores, tratando de evitar que dos relaciones jurídicas se resuelvan de forma contradictoria ya que para el derecho no es posible que una determinada cuestión sea y no sea al tiempo».

Por lo tanto, este tribunal ha de partir de los hechos y fundamentos recogidos en sentencias precedentes cuyas dictadas en relación con una misma acción de nulidad de adquisición de acciones emitidas a través de una misma oferta pública fundada en un mismo folleto y con base en la contabilidad de una misma sociedad (Banco Popular Español, S.A., en este caso, por ampliación de capital registrada en mayo de 2016), y sobre la base de unas mismas circunstancias, destacando la intervención de la entidad por resolución del FROB.

En la sentencia 359/2019, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León, de 25 de noviembre de 2019, se exponen los hechos y fundamentos que ponen de manifiesto la identidad con el presente caso, y que resultan de la valoración de los mismos documentos obrante en los presentes autos (o con los que estos guardan una sustancial identidad). Este tribunal la citará de manera extensa porque los datos en ella contenidos y sus valoraciones son asumidos plenamente en la presente resolución y resultan de la misma documentación:

«En el supuesto que aquí se examina la ampliación de capital fue precedida de la elaboración, aprobación y registro del folleto ante la CNMV. El folleto se compone de dos documentos: el documento de registro del emisor, por un lado, y la nota sobre las acciones y el resumen. El día 26 de mayo de 2016 Banco Popular publicó como hecho relevante la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. Así, se decía que "El importe nominal del Aumento de Capital queda fijado en 1.002.220.576,50 euros mediante la emisión y puesta en circulación de 2.004.441. 153 nuevas acciones ordinarias de Banco Popular de 0,50 euros de valor nominal cada una de ellas, de la misma clase y serie que las actualmente en circulación": y con un tipo de emisión de 1,25 euros por cada Acción Nueva. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constando que "con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista, basado en la financiación a PYMEs y autónomos y en la financiación al consumo, aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que "tras el Aumento de Capital, Banco Popular dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializasen parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de coberturas durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos

porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Banco Popular tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. Banco Popular ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio" de al menos 40% para 2018".

» En consecuencia, la finalidad del aumento de capital iba dirigido a reforzar la rentabilidad y solvencia de la entidad, y si bien se hablaba de la materialización de determinadas incertidumbres con efectos contables se decía que las posibles pérdidas contables quedarían cubiertas con el aumento de capital. Asimismo, se preveía que si los resultados del primer trimestre de 2017 eran positivos se reanudaría el pago de dividendos, habiendo previsto que en 2018 la ratio de pago de dividendo sería de 40%.

» De esta forma, la imagen que transmitía la entidad no era la de una posible quiebra de la misma, sino la de ampliar el capital con la finalidad de compensar las "inciertas" posibles pérdidas de 2016, y con una clara evolución positiva que respecto al ejercicio de 2018 se preveía en términos claramente favorables a los inversores que hubiesen participado en la compra de acciones.

» En el documento de conclusiones relativas al aumento de capital se decía que como consecuencia de la misma "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retomo a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestras ratios de capital".

» Es cierto que en la nota sobre las acciones y resumen difundida por /a CMNV el 26 de mayo de 2016 (folleto informativo) se dice que el Banco estima que durante lo que resta del año 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses; c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero motivada por los tipos de interés en mínimos históricos y por el elevado nivel de morosidad y de activos no productivos; d) inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales; y e) incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entablados contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria. Se indica también que ese escenario de incertidumbre "aconsejan aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4. 700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible."

» Por tanto, los riesgos previsibles anunciados por la entidad se traducían en una posibilidad de pérdidas contables de unos 2.000 millones de euros en 2016, que la propia entidad preveía cubrir, a efectos de solvencia, como ya se ha dicho con el aumento de capital; y asimismo, aunque se hacía referencia a una posible suspensión del reparto de dividendos se preveía como puntual, avanzando la reanudación del reparto de dividendos en 2017.

» El 3 de febrero de 2017 la CNMV hizo pública la nota de prensa de Banco Popular en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y con su exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos.

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

» El banco cuenta con capacidad de generación de capital mediante:

» La generación de beneficio: por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales.

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

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

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

» El 3 de abril de 2017, la demandada comunicó como hecho relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a: insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, que afectarían a los resultados de 2016, y, por ello, al patrimonio neto,- por un importe de 123 millones de euros; posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos que estimada con un nivel de confianza del 95%, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros; posible obligación de dar de baja alguna de las garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente, 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aun no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones; determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe, si se verificara, debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de este análisis de 426 millones de euros". En las conclusiones se decía que "a efectos del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."

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

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

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

» El 16 de mayo de 2017 se publicó como hecho relevante que Banco Popular "sigue desarrollando sus planes, negociando la realización de activos no estratégicos, preparando el reforzamiento de su capital y recursos propios, y haciendo prospección de posibles combinaciones de negocios con otras entidades. Hasta el momento no se ha adoptado decisión definitiva sobre las distintas alternativas."

» El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

» De lo expuesto, resulta que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese

de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro.

» La apelante no ha aportado una explicación razonable de la que resulte justificación plausible de que la evolución negativa de la entidad, pese a la ampliación de capital, fue debida a causas no presentes o previsibles cuando se emitió el folleto informativo. El folleto informativo hacía prever una mejora de la situación financiera y no la situación de insolvencia que se produjo en menos de un año. Consideramos por ello que la ahora apelante ofreció, al realizarse la ampliación de capital, una imagen de solvencia que no era real.

» Por ello debe estimarse existente la relación de causalidad entre la decisión de acudir a la ampliación de capital de la entidad demandada, en Ja medida en que los operadores del mercado, incluidos los pequeños inversores, la única información real que tenían acerca de la situación económica de la sociedad era la que estaría publicitada en el folleto con motivo de la ampliación de capital, por lo que en suma, no cabe sino concluir que los hechos en los que se fundamenta la sentencia de instancia para declarar la nulidad de la adquisición de las acciones de la apelante, en cuya valoración probatoria esta centra su recurso, vienen debidamente acreditados con los medios de prueba practicados, lo que debe suponer la desestimación del recurso interpuesto por aquella».

Este tribunal hace cita extensa de la sentencia porque recoge datos idénticos a los que resultan de la documentación obrante en los presentes autos y, como se indica en la sentencia 316/2019 de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, "para el derecho no es posible que una determinada cuestión sea y no sea al tiempo". No puede este tribunal llevar a cabo una valoración diferente sobre la base de una misma documentación -con o sin informe pericial-

La sentencia de la Sección 2.ª de la AP de León antes citada sigue a su vez la sentencia 616/2018 de esa misma Sección y tribunal. Y esta Sección 1.ª, en su sentencia 384/2019 de 19 de septiembre, también se ha pronunciado en el mismo sentido:

«15.- Podemos concluir con la existencia de un error en la adquisición de las acciones al no cumplir Banco Popular con el deber de información de modo claro, real y completo de su situación económica, lo que motivó un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse el inversor en una situación de apariencia de solvencia que no lo era en absoluto. La prueba practicada en el procedimiento y los indicios que se aprecian al constatar la crisis que se produce de forma casi inmediata a la ampliación de capital, muestran la ocultación de la verdadera situación patrimonial del Banco que motiva la anulación de la operación de adquisición de las acciones, confirmando así la resolución recurrida».

Con fundamentos fácticos y valorativos sustancialmente idénticos se pronuncian otras muchas sentencias de Audiencias Provinciales, de las que citamos únicamente la sentencia 435/2019, de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de noviembre no solo porque incide en la misma fundamentación fáctica y valorativa antes indicada, sino porque hace una cita extensa de sentencias de Audiencias Provinciales en el mismo sentido:

«Así lo han entendido la SAP Girona de 28 de junio de 2019, la SAP Madrid de 10 de junio de 2019, la SAP Barcelona de 18 de junio de 2019, la SAP Zamora de 24 de mayo de 2019, la SAP de Valladolid 15 de mayo de 2019, la SAP Mallorca 18 de marzo de 2019, la SAP Alava de 8 de marzo de 2019, la SAP Burgos de 1 de marzo de 2019, la SAP A Coruña de 1 de marzo de 2019, la SAP Cantabria de 7 de febrero de 2019, la SAP Cáceres de 9 de enero de 2019, la SAP Vizcaya de 17 de diciembre de 2018».

Por todo lo expuesto, este tribunal considera que resulta acreditado el vicio invalidante en el que se funda la acción ejercitada por la sustancial identidad de hechos y de la documentación considerada, así como por la fundamentación fáctica y valorativa contenida en las sentencias citadas, que asume como propia este tribunal.

Todos los datos apuntados ponen de manifiesto que no hubo el rigor exigible en la valoración de los activos, con notoria insuficiencia de dotación en la ampliación de capital, trasladando al inversor una errónea idea sobre la fortaleza del Banco y sobre la finalidad de la ampliación (volver a ofrecer rentabilidad en breve plazo de tiempo). Error que no resulta solo de los datos ofrecidos, sino, muy fundamentalmente, por su falta de transparencia: los riesgos se describen (más en el folleto que en la nota de presentación a inversores) de manera genérica, como se haría para cualquier otra ampliación de capital, pero no se destaca algo fundamental: el banco tenía una situación patrimonial bajo cuyos parámetros no era posible ofrecer rentabilidad, que solo se podría conseguir con la ampliación de capital. Con una presentación más sincera, transparente y realista sería difícil imaginar que se hubiera podido colocar una parte significativa de la ampliación de capital: ¿quién hubiera comprado acciones al precio de emisión fijado por Banco Popular si se hubiera dejado claro, sin recurrir a terminología "envolvente" y optimista, que la entidad financiera no tenía capacidad de generar rentabilidad con los activos de los que disponía, y que estos eran insuficientes para garantizar su pervivencia? (Un banco que no es capaz de volver a la senda de la rentabilidad está abocado a la desaparición).

Y dado que el inversor toma su decisión sobre la información facilitada en el folleto de emisión y en la nota publicitaria de comercialización -y más, aún, el pequeño inversor- es evidente su notoria influencia al contratar, por

lo que el error es invalidante, como así se indica en las sentencias 23 y 24/2016, de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2016:

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

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

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

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

Tercero. Sobre la infracción del artículo 56 de la LSC.

Con esta resolución no se declara nula la suscripción de acciones en ampliación de capital, tan solo se declara nula la venta de acciones por parte del emisor, por lo que las acciones retornan a él, sin perjuicio de las disposiciones legales sobre la pérdida de la cosa, a la que se hará alusión en el fundamento siguiente. No hay por qué reducir la cifra del capital social; sigue siendo el mismo, pero con acciones sin suscribir, y menos aún en este caso, en el que se amortizaron las "antiguas" acciones y se estableció un nuevo capital social resultante de la ampliación acordada por el FROB y suscrita íntegramente por Banco Santander, S.A.

Las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el recurso de apelación se refieren a supuestos muy concretos ajenos al caso que nos ocupa. Sin embargo, expresamente ha admitido la legitimación de los accionistas para solicitar nulidad de la compraventa de acciones en la OPS de Bankia aun cuando hubieran sido amortizadas y su valor fuera cero (sentencias TS 23 y 24/2016, antes indicadas).

En la sentencia 24/2016, de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2016, se dice:

«Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, consideran que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores, actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, y 36 del Real Decreto 1310/2005), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

» En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

» No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174112, caso Alfred Hirmann contra Immofinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

» Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información

previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

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

Cuarto. *Sobre el motivo de impugnación referido a la alegación de inexistencia de acción para solicitar la nulidad del contrato de venta de acciones de sociedades sometidas a proceso de resolución.*

En el recurso de apelación se invocan los acuerdos de unificación de criterios adoptados por las Audiencias Provinciales de Cantabria y Asturias de 7 y 24 de febrero de 2020, donde se señala que "los instrumentos de recapitalización interna y venta de la entidad aplicados el 7 de junio de 2017 por el FROB para la resolución del Banco Popular Español SA son incompatibles con la acción de nulidad contractual prevista en el artículo 1301 del Código Civil".

Desde el más absoluto respeto a los criterios de otros tribunales, el que dicta esta sentencia considera que son contrarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aquél, en su ya citada sentencia de 3 de febrero de 2016, con expresa invocación de la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, deja claro que los adquirentes de acciones que reclaman indemnización sobre la base de información inveraz de la situación financiera del emisor tienen la consideración de terceros, por lo que no sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que constituye el fundamento básico de los criterios en los que se fundan los acuerdos de unificación de criterios antes citados y las sentencias que los aplican.

La legitimación para el ejercicio de la acción individual no resulta alterada por el proceso de resolución bancaria y las acciones procesales que correspondan a las partes no se extinguen a consecuencia de dicho proceso, a no ser que expresamente se establezca en un precepto legal o se disponga en tal sentido por autoridad competente en ejercicio de sus competencias.

1) Acción (procesal) y legitimación. Condición de tercero del comprador.

El artículo 39.2, apartado b), de la Ley 11/2015 se refiere al titular de los instrumentos de capital, no a quien, por la acción ejercitada, tiene la condición de tercero, como ocurre en este caso, conforme a la jurisprudencia establecida.

Las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya citadas no resuelven solo por controversia entre directivas sobre el mercado de valores (Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003; «Directiva "folleto"», Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004; «Directiva 11 transparencia»», y Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, «Directiva 11 abuso del mercado») y directivas sobre sociedades (Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, en su versión modificada por la Directiva 92/101/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1992, y Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009). Dichas sentencias resuelven, en particular, sobre las acciones ejercitadas para exigir responsabilidad civil por inveracidad del folleto y, en relación, con la legitimación del accionista para solicitar la nulidad del contrato de compraventa de acciones y la restitución derivada de la ineficacia del contrato. Otra cosa, diferente, es el efecto que pueda producir sobre las acciones procesales el procedimiento de resolución de la entidad financiera.

Dado que la palabra acción se va a utilizar con significados diferentes (acción/título-valor y acción procesal), se aludirá a la primera de ellas como valor o valores o instrumentos de capital y a la segunda como acción.

La amortización de los instrumentos de capital prevista en el art. 39.2 de la Ley 11/2015 hace referencia a la lógica pérdida de valor que experimentan por la reducción del capital social (en este caso, a cero). Pero ese precepto se refiere a dichos valores, no a las acciones que puedan corresponder a quienes las hubieran adquirido y con base en hechos propios de la contratación o en sus actos preparatorios. La amortización solo conlleva la pérdida del objeto material del contrato, y nada hay que objetar a ello, pero esto no priva al adquirente de su acción para solicitar la nulidad del contrato, como así se pone de manifiesto en el artículo 1.307 del Código Civil.

La acción para solicitar la nulidad del contrato de venta por error en la prestación del consentimiento se funda en hechos de la contratación, cuando el adquirente todavía no ha adquirido los valores o, en cualquier caso,

por referencia al acto mismo de la contratación, sin vínculo alguno con el objeto material del contrato: los valores comprados no añaden nada en absoluto al vicio del consentimiento; la acción procesal no guarda relación con aquellos, sino con las circunstancias concurrentes al contratar y, en particular, con la información facilitada por el emisor de los títulos.

Como se indica en las sentencias citadas del TS y del TJUE, al contratar la adquisición de los valores el comprador es un tercero, tanto si actúa para exigir responsabilidad como si solicita la nulidad del contrato. Otra cosa, diferente, son los efectos que el proceso resolutorio pueda producir en relación con las acciones (acciones procesales, como ya hemos indicado).

2)Efectos del proceso de resolución de Banco Popular sobre las acciones (acciones procesales).

2.1.- La resolución del FROB es completamente ajena a las acciones procesales de los titulares de los instrumentos de capital amortizados. (El FROB no resolvió nada sobre ellas).

El FROB, en resolución adoptada en su reunión del día 7 de junio de 2017, acordó reducir a cero el capital social de Banco Popular, S.A., amortizando los instrumentos de capital existentes, ampliar su capital social y adjudicar a Banco Santander, S.A., las nuevas acciones (valores).

Para llevar a cabo este proceso de resolución aplicó el instrumento de resolución de venta del negocio (art. 22.2 al del Reglamento UE N.º 806/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de julio de 2014, 37.3 al de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, y 26 de la Ley 11/2015). Aplicó ese instrumento de resolución mediante la transmisión de las nuevas acciones (valores) a Banco Santander, S.A., (art. 24.1 del Reglamento, 38.1 al de la Directiva y 26 de la Ley 11/2015).

Para llevar a cabo la venta del negocio, el FROB también aplicó el instrumento de recapitalización interna (art. 22.2 d/ del Reglamento, art. 37.3 d/ de la Directiva y 25.1 d/ de la Ley que la traspone); posibilidad admitida en el apartado 4 del artículo 22 del Reglamento que establece que los instrumentos de resolución podrán aplicarse individualmente o en cualquier combinación, con la excepción del instrumento de segregación.

El FROB aplicó el instrumento de recapitalización interno solo para amortizar los instrumentos de capital. No adoptó, por lo tanto, decisión alguna en relación con acciones procesales o con obligaciones, por lo que este tribunal entiende que no es procedente decir que los titulares de los instrumentos de capital se vieron privados de las acciones procesales que les correspondían para solicitar la nulidad del contrato de compraventa de los valores, o que hubieran visto extinguido cualquier crédito que pudiera resultar de la anulación del contrato. Perdieron el valor de sus acciones (instrumento de capital) pero no las acciones procesales que les correspondían para solicitar la nulidad del contrato de compraventa cuyo objeto material eran los instrumentos de capital adquiridos. Reiteramos: el FROB no acordó absolutamente nada en relación con las acciones procesales ni en relación con obligaciones de Banco Popular, S.A.

La decisión adoptada por el FROB no puso fin a Banco Popular, S.A., que siguió existiendo, aun cuando el nuevo titular de sus acciones fuera Banco de Santander, S.A., que terminaría absorbiéndolo por fusión con posterioridad. Ni los acreedores de Banco Popular, S.A., dejaron de serlo, ni los contratos suscritos por dicha entidad se extinguieron por la decisión del FROB, ni se adoptó decisión alguna en relación con acciones procesales que pudieran corresponder a los contratante: tan solo se amortizaron los instrumentos de capital y se vendieron las nuevas acciones (valores) al Banco de Santander, S.A.; todo lo demás quedó igual, por lo que las acciones procesales para exigir la nulidad de contratos por vicio del consentimiento también subsistieron, y están legitimadas pasivamente Banco Popular, primero, y, luego, Banco Santander, que absorbió a Banco Popular.

2.2.- Sobre la aplicación del artículo 39.2 b) de la Ley 11/2015.

En dicho precepto se contempla la extinción de la obligación frente al titular de los instrumentos de capital por su amortización, pero solo en relación con el "importe amortizado". Es decir, el titular de los instrumentos de capital amortizados no tiene derecho de crédito alguno que se pueda derivar de su amortización, pero no tiene por qué verse privado de ningún otro derecho de crédito que le asista y que no resulte directamente de la pérdida de valor de los valores. En este caso, el derecho a la restitución por invalidez del contrato no se deriva de la amortización de los instrumentos, sino de un vicio del consentimiento concurrente en el momento mismo de la contratación, al margen de cuál sea el objeto material del contrato. Es más, el ejercicio de la acción no se condiciona a un resultado dañoso: si la información facilitada y, en particular, la contenida en el folleto de emisión indujo a error en la contratación, el comprador tiene acción para pedir su nulidad, tanto si el valor de los títulos baja como si sube como si se mantiene. Así se establece en el artículo 1.300 del Código Civil:

«Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley».

Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 39.2 a) de la Ley 11/2015 no es de aplicación: la obligación de restitución de efectos por anulación del contrato no guarda relación alguna con cualquier eventual obligación derivada de la pérdida de valor de los instrumentos amortizados.

Y la ineficacia del contrato, por la anulación, conlleva la inexistencia, ab initio, de cualquier efecto (art. 1.303 CC), por lo que, incluso aplicando el artículo 39.2 b) de la Ley 11/2015, los efectos derivados de la anulación no se extinguirían: en el último precepto citado se excluyen las "obligaciones ya devengadas"

En definitiva: el artículo 39.2 b) de la Ley 11/2015 no es de aplicación porque no se ejercita para exigir responsabilidad por el importe amortizado, sino para solicitar la nulidad del contrato y la restitución de prestaciones, y porque esta supone un pasivo ya devengado por retroacción.

2.3.- Sobre la procedencia de la acción de nulidad.

Ni la Ley 11/2015 ni la directiva que desarrolla (Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014) contienen norma alguna que prohíba a los titulares de los valores el ejercicio de acciones para solicitar la nulidad de contratos que tuvieran aquellos como objeto material. Todo lo contrario: se contempla expresamente y con carácter general la potestad de rescisión de los contratos (art. 70.7 de la Ley 11/2015).

La autoridad estatal competente para la resolución de entidades financieras (el FROB) tiene la potestad de suspender contratos y garantías (art. 70 de la Ley 11/2015), como también la tiene el administrador concursual en el seno del concurso de acreedores, pero en el proceso de resolución que nos ocupa no consta que el FROB adoptara decisión alguna sobre suspensión o garantías de los contratos; la decisión adoptada se limitó a la venta del negocio y a acordar la amortización de instrumentos de capital, subsistiendo la entidad Banco Popular, S.A., solo que con un nuevo y único accionista (Banco Santander, S.A.); sin la más mínima mención a contratos, obligaciones, responsabilidades o acciones procesales.

La potestad rescisoria de los contratos está expresamente prevista en el art. 70.7 de la Ley citada:

«En el caso de que no se ejerza el derecho de suspensión y no se realice la notificación prevista en el párrafo anterior, se podrá ejercer el derecho de declarar el vencimiento anticipado, la resolución o la rescisión del contrato:

[...]

b) Si la entidad en resolución mantiene los activos y pasivos y el FROB no les aplica el instrumento de recapitalización interna, cuando finalice el período de suspensión».

Se ha omitido el apartado a) del precepto citado porque el supuesto de aplicación es el contemplado en el apartado b): la entidad en resolución (Banco Popular, S.A.) mantuvo los activos y pasivos, sin que el FROB les hubiera aplicado a ellos el instrumento de recapitalización interna (solo se aplicó a los instrumentos de capital), por lo que, una vez completado el proceso de resolución cualquiera que hubiera contratado con Banco Popular, S.A., podía solicitar la rescisión del contrato.

Aunque en el Derecho interno rescisión y nulidad no son conceptos idénticos, sí son equiparables. Y, si se quiere excluir la aplicación del precepto a las acciones de nulidad, solo podríamos decir que ninguna norma excluye o limita el ejercicio de acciones para solicitarla: o se aplica la norma sobre rescisión antes indicada o no existe precepto alguno que limite el ejercicio de la acción procesal para solicitar la nulidad. En ambos casos la conclusión sería la misma: se mantienen incólumes las acciones procesales para solicitar la rescisión/nulidad del contrato.

2.4.- Sobre la pérdida de valor de las acciones (valores) por haber sido amortizadas y su incidencia en la acción de nulidad.

La nulidad del contrato conlleva la restitución de prestaciones (art. 1303 CC). En este caso, el comprador no puede devolver la cosa porque se ha perdido (el FROB amortizó las acciones), por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1307 ce: ha de devolver los frutos percibidos (cero dividendos) y el valor que la cosa tenía cuando se perdió (valor cero, por amortización de las acciones). En definitiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1307 del Código Civil, en este caso el comprador cumpliría devolviendo los frutos (no los ha habido) y el valor de la cosa cuando se perdió (valor cero).

No es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.308 CC porque este precepto se refiere a los supuestos en los que una de las partes se niega a entregar la cosa, ha dispuesto de ella o la ha perdido por su culpa (art. 1314 CC). Sin embargo, cuando la cosa se ha perdido sin culpa del contratante, el precepto a aplicar es el contenido en el artículo 1307 del Código Civil antes citado.

Que la cosa se haya perdido no es obstáculo para la anulación, conforme así se establece en el artículo 1307 CC. No admitir la posibilidad de ejercitar acción de nulidad por la pérdida del valor de las acciones sería como negar acción de nulidad por error en la prestación del consentimiento a quien, por ejemplo, encarga una máquina idónea para una labor concreta (cortadora de mármol, por ejemplo), siguiendo indicaciones del vendedor, y cuando

la utiliza para esa finalidad se destruye porque realmente no era adecuada para esa tarea (pongamos, por ejemplo, que se le vendió una cortadora de madera). La máquina se compra sobre la base de una errónea información del vendedor, y se pierde por causa de ella. ¿No puede el comprador ejercitar la acción de nulidad porque la cosa se haya perdido? Obviamente sí que está legitimado para ello, como también lo está el comprador de las acciones en este caso. Las acciones (valores) se adquieren sobre la base de una información inveraz por parte de la vendedora, que oculta o "maquilla" la situación real que se traducirá, en breve espacio de tiempo, en la pérdida de valor de las acciones.

Quinto. *Sobre las costas del recurso de apelación.*

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Rige, por lo tanto, el principio de vencimiento objetivo que implica la condena del apelante al pago de las costas procesales generadas por el recurso de apelación interpuesto y totalmente desestimado.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

III. FALLO

Se desestima **TOTALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER, S.A., contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, dictada en los autos anteriormente reseñados, y, en su consecuencia, se **CONFIRMA** la precitada resolución, con expresa condena del apelante al pago de las costas generadas por el recurso de apelación.

Se declara perdido el depósito que pudiera haberse constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso de casación se deberá acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, y otros 50 si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A., en la cuenta de este expediente 2121-0000-12-0449-20.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.