



Roj: **SJPI 164/2019** - ECLI: **ES:JPI:2019:164**

Id Cendoj: **19130420042019100017**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **4**

Fecha: **29/03/2019**

Nº de Recurso: **1979/2017**

Nº de Resolución: **369/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANGELA SANZ RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **JDO.PRIMERA INSTANCIA N.4**

#### **GUADALAJARA**

**SENTENCIA** : 00369/2019

PASEO DR. FERNÁNDEZ IPARRAGUIRRE, 10

**Teléfono: 949209900** , Fax: 949253746

**Correo electrónico:** .

Equipo/usuario: OR4

Modelo: N04390

**N.I.G.** : 19130 42 1 2017 0008674

#### **ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001979 /2017**

Procedimiento origen: /

#### **Sobre OTRAS MATERIAS**

**Demandante.** CERQUIA GESTIÓN S.L.U y CERCUPENTA INTERNATIONAL B.V

Procurador. Doña María Teresa López Manrique.

Abogado. Don Javier Pérez Picallo y Don Enrique Iglesias Fernández.

**Demandado.** POPULAR BANCA PRIVADA y BANCO POPULAR ESPAÑOL.

Procurador. Doña María Cruz García García.

Abogado. Don Jorge Capell Navarro y Doña Blanca Moreno Herrero.

**Objeto del juicio.** Juicio ordinario sobre declaración de nulidad y consecuencias inherentes.

#### **SENTENCIA**

En Guadalajara a veintinueve de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos por mi, Dña. Ángela Sanz Rubio Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de los de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el número **1979/2017** y seguidos a instancia de las entidades CERQUIA GESTIÓN S.L.U y CERCUPENTA INTERNATIONAL B.V debidamente asistidas y representadas contra las sociedades POPULAR BANCA PRIVADA Y BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A (en la actualidad BANCO SANTANDER S.A.) debidamente asistidas y representadas sobre ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE NULIDAD Y CONSECUENCIAS INHERENTES.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** Por la representación procesal de las entidades CERQUIA GESTIÓN S.L.U y CERCUPENTA INTERNATIONAL B.V se presentó demanda de juicio ordinario contra las sociedades POULAR BANCA PRIVADA Y BANCO POPUAR ESPAÑOL S.A (en la actualidad BANCO SANTANDER) de la que por turno de reparto correspondió conocer a este Juzgado. En base a los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación suplica se dicte sentencia en el siguiente sentido:

**A) CERQUIA GESTIÓN** interesa:

**1º.- CON CARÁCTER PRINCIPAL** , que se declare

(i) **la nulidad radical de las órdenes de compra de 11.820.096 acciones** de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA GESTIÓN con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en noviembre de 2012, **y de los contratos de préstamo números NUM000 y NUM001** que CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR los días 21 de noviembre de 2012 y 9 de diciembre de 2015, en el porcentaje de los mismos que fue destinado directamente a financiar la compra de dichas acciones, así como de las garantías pignoraticias accesorias a dichos préstamos, en los términos descritos en el cuerpo de esta demanda. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dichas operaciones, junto con los intereses legales devengados.

(ii) **la nulidad radical de las órdenes de compra de 3.002.090 acciones** de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA GESTIÓN con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en mayo de 2016, **y del contrato de préstamo número NUM002** que CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR el 21 de junio de 2016, en el porcentaje que fue directamente destinado a financiar la compra de dichas acciones, y de la garantía pignoraticia accesorias a dicho préstamo, en los términos descritos en el cuerpo de esta demanda. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dichas operaciones, y junto con los intereses legales que se hayan devengado.

**2º.- CON CARÁCTER SUBSIDIARIO** , que se declare

(i) **la nulidad por dolo de las órdenes de compra de 11.820.096 acciones** de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA GESTIÓN con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en noviembre de 2012, **y de los contratos de préstamo números NUM000 y NUM001** que CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR los días 21 de noviembre de 2012 y su novación el 9 de diciembre de 2015, en el porcentaje de los mismos que fue destinado directamente a financiar la compra de dichas acciones, así como de las garantías pignoraticias accesorias a dichos préstamos, en los términos descritos en el cuerpo de esta demanda. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dichas operaciones, junto con los intereses legales devengados.

(ii) **la nulidad por dolo de las órdenes de compra de 3.002.090 acciones** de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA GESTIÓN con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en mayo de 2016, **y del contrato de préstamo número NUM002** que CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR el 21 de junio de 2016, en el porcentaje que fue directamente destinado a financiar la compra de dichas acciones, y de la garantía pignoraticia accesorias a dicho préstamo, en los términos descritos en el cuerpo de esta demanda. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dichas operaciones, y junto con los intereses legales devengados.

**3º MÁS SUBSIDIARIO** para que se declare

(i) **la nulidad por error en el consentimiento de las órdenes de compra de 11.820.096 acciones** de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA GESTIÓN con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en noviembre de 2012, **y de los contratos de préstamo números NUM000 y NUM001** que CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR los días 21 de noviembre de 2012 y su novación de 9 de diciembre de 2015, **en el porcentaje de los mismos que fue destinado directamente a financiar la compra de dichas acciones**, así como de las garantías pignoraticias accesorias a dichos préstamos, en los términos descritos en el cuerpo de esta demanda. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dichas operaciones, y junto con los intereses legales devengados.

(ii) **la nulidad por error en el consentimiento de las órdenes de compra de 3.002.090 acciones** de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA GESTIÓN con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en mayo de 2016, **y del contrato de préstamo número NUM002** que CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR el 21 de junio de 2016, en el porcentaje que fue directamente destinado a financiar la compra de dichas acciones, **y de la garantía pignoraticia accesorias a**



dicho préstamo, en los términos descritos en el cuerpo de esta demanda. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dichas operaciones, y junto con los intereses legales que se hayan devengado.

**4º MÁS SUBSIDIARIO** para que se declare

**(i) la resolución de la suscripción de acciones con ocasión de la ampliación de capital realizada en 2012 y el resarcimiento de daños y perjuicios**, por haber incumplido POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. y BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. sus obligaciones contractuales esenciales en materia de inversión, con ocasión de la suscripción de dicha ampliación, en los términos expuestos en el cuerpo de la demanda, y de conformidad con los artículos 1124 y 1101 CC, condenando en consecuencia a las codemandadas para que de manera solidaria abonen a CERQUIA GESTIÓN la cantidad de 4.343.908,19.- €, correspondiente a la cantidad invertida total menos los dividendos percibidos y la venta de derechos, a que asciende la restitución de su situación patrimonial con plena indemnidad, con los intereses legales que se hayan devengado.

**(ii) la resolución de la suscripción de acciones con ocasión de la ampliación de capital realizada en 2016 y el resarcimiento de daños y perjuicios**, por haber incumplido POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. y BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. sus obligaciones contractuales esenciales en materia de inversión, con ocasión de la suscripción de dicha ampliación, en los términos expuestos en el cuerpo de la demanda, y de conformidad con los artículos 1124 y 1101 CC, condenando en consecuencia a las codemandadas para que de manera solidaria abonen a CERQUIA GESTIÓN la cantidad de 3.752.970,78.- €, correspondiente a la cantidad invertida total a que asciende la restitución de su situación patrimonial con plena indemnidad, con los intereses legales que se hayan devengado.

**5º MAS SUBSIDIARIO** para que se declare **negligente el asesoramiento en materia de inversión** prestado por las codemandadas con ocasión de las ampliaciones de capital realizadas por BANCO POPULAR en noviembre de 2012 y mayo de 2016, y en virtud de del artículo 1101 CC

**(i) de manera solidaria se condene a ambas a restituir a CERQUIA GESTIÓN** en la situación patrimonial previa a la suscripción de la ampliación de capital de noviembre de 2012, con plena indemnidad, abonándole el importe de los daños y perjuicios ocasionados, que ascienden a 4.343.908,19.- €, con los intereses legales devengados.

**(ii) de manera solidaria se condene a ambas se condene a ambas a restituir a CERQUIA GESTIÓN** en la situación patrimonial previa a la suscripción de la ampliación de capital de mayo de 2016, con plena indemnidad, abonándole el importe de los daños y perjuicios ocasionados, que ascienden a 3.752.970,78.- €, con los intereses legales devengados.

**6º.- MAS SUBSIDIARIO** para que se declare que los folletos informativos correspondientes a las ampliaciones de capital realizadas por BANCO POPULAR en noviembre de 2012 y mayo de 2016 **contenían información falsa y/o omisiones de datos relevantes**, por lo que no reflejaban la imagen fiel de la compañía, y

**(i) se declare responsable a la entidad emisora, BANCO POPULAR, por la falsedad y omisiones contenidas en el folleto correspondiente a la ampliación de noviembre de 2012, y se le condene a abonar a CERQUIA GESTIÓN la cantidad de 4.343.908,19.- €, por ser el importe a que ascienden los daños y perjuicios ocasionados por la suscripción de dicha ampliación, incrementados en los intereses legales devengados.**

**(ii) se declare responsable a la entidad emisora, BANCO POPULAR, por la falsedad y omisiones contenidas en el folleto correspondiente a la ampliación de mayo de 2016, y se le condene a abonar a CERQUIA GESTIÓN la cantidad de 3.752.970,78.- €, por ser el importe a que ascienden los daños y perjuicios ocasionados por la suscripción de dicha ampliación, incrementados en los intereses legales devengados.**

**B) CERCUPENTA INTERNACIONAL, B.V.** interesa:

**1º.- CON CARÁCTER PRINCIPAL** que se declare que recae sobre CERQUIA GESTIÓN la condición de prestatario real de los préstamos números NUM000, NUM001 y NUM002, y no sobre la propia CERCUPENTA, por existir una simulación relativa por persona interpuesta en su contratación, para financiar las operaciones de inversión en las ampliaciones de capital que BANCO POPULAR realizó en 2012 y 2016.

**2º CON CARÁCTER SUBSIDIARIO**, que se declare

**(i) la nulidad radical por infracción de normas imperativas de los contratos de préstamo números NUM000 y NUM001**, al tener el carácter de coligados o conexos con respecto a la suscripción de la ampliación de capital de 2012, con restitución recíproca de las prestaciones recibidas junto con los intereses legales devengados.

**(ii) la nulidad radical por infracción de normas imperativas del contrato de préstamo número NUM002**, al tener el carácter de coligado o conexo con respecto a la suscripción de la ampliación de capital de 2016, con restitución recíproca de las prestaciones recibidas junto con los intereses legales devengados.

**3º.- MAS SUBSIDIARIO** , que se declare

(i) la nulidad por dolo de los préstamos números NUM000 y NUM001 , al tener el carácter de coligados o conexos con respecto a la suscripción de la ampliación de 2012, con restitución recíproca de las prestaciones recibidas junto con los intereses legales devengados.

(ii) la nulidad por dolo del préstamo número NUM002 , al tener el carácter de coligado o conexo con respecto a la suscripción de la ampliación de capital de 2016, con restitución recíproca de las prestaciones recibidas junto con los intereses legales devengados.

**4º MAS SUBSIDIARIO** , que se declare

(i) la nulidad por error en el consentimiento de los préstamos números NUM000 y NUM001 , al tener el carácter de coligados o conexos con respecto a la suscripción de la ampliación de capital de 2012, con restitución recíproca de las prestaciones recibidas junto con los intereses legales devengados.

(ii) la nulidad por error en el consentimiento del préstamo número NUM002 , al tener el carácter de coligado o conexo con respecto a la suscripción de la ampliación de capital de 2016, con restitución recíproca de las prestaciones recibidas junto con los intereses legales devengados.

**5º MAS SUBSIDIARIO** , que se declare negligente el asesoramiento en materia de inversión y contratación de préstamos conexos, llevado a cabo por las codemandadas con ocasión de las ampliaciones de capital realizadas por BANCO POPULAR, y en consecuencia

(i) de manera solidaria se condene a ambas a abonar a CERCUPENTA el importe correspondiente a los costes financieros de los préstamos números NUM000 y NUM001 , por importe de 1.030.135,88.- €, con los intereses legales devengados.

(ii) de manera solidaria se condene a ambas a abonar a CERCUPENTA el importe correspondiente a los costes financieros del préstamo número NUM002 , por importe de 68.947,43.- €, con los intereses legales devengados.

**SEGUNDO.** Por Decreto se admitió a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para su contestación que fue formulada en tiempo y forma, se celebró el acto de la Audiencia Previa con el contenido que ha quedado recogido en la grabación de dicho acto, se fijaron los hechos controvertidos, se admitió la prueba y se citó a las partes para la celebración del acto del juicio.

El día 3 de julio de 2018 se celebró el acto del juicio si bien quedaba pendiente de remitirse a este Juzgado una documentación, de forma que cuando llegó la misma se acordó dar traslado a las partes para conclusiones por escrito, pasando las actuaciones para dictar la presente resolución mediante Diligencia de Ordenación de 4 de febrero de 2019.

**TERCERO.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar la presente resolución habida cuenta la carga de trabajo que pesa sobre este juzgado y la complejidad del asunto.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Como ya se ha indicado en la parte expositiva de la presente resolución, CERQUIA GESTIÓN, en adelante CERQUIA, en situación de concurso voluntario declarada por Auto de este juzgado de fecha 23 de enero de 2018 , ejercita con carácter principal la acción de nulidad por infracción de normas imperativas, con carácter subsidiario la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, más subsidiario la acción de resolución por incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios, más subsidiario la acción de responsabilidad por las falsedades u omisiones de datos relevantes de la información contenida en los folletos informativos. Por su parte CERCUPENTA ejercita con carácter principal acción para que se declare que el prestatario real era CERQUIA. Con carácter subsidiario de esta, ejercita las acciones por infracción de normas imperativas, anulabilidad por vicio del consentimiento, resolución por incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios y reclamación de daños y perjuicios por negligencia.

La parte actora **basa su demanda en los siguientes hechos:** que la entidad CERQUIA es una sociedad española con un capital social de 3.005,06€ constituida el 6 de noviembre de 1997 por los hermanos Blanca y Jose Enrique . Por su parte, CERCUPENTA INTERNATIONAL, en adelante CERCUPENTA, es una sociedad constituida en Holanda el 21 de septiembre de 2006 por, entre otros, los hermanos Jose Enrique Blanca y mediante escritura de 27 de octubre de 2006 pasó a ser el único socio de CERQUIA, entidad que según la normativa del Mercado de Valores, reúne la clasificación de cliente MINORISTA. A finales del año 2006 tuvo lugar la escisión del grupo HERCESA, como parte del pago de su salida recibió un aval bancario a primer



requerimiento por importe de 50.000.000€ con vencimiento el 2 de enero de 2009. En fecha 29 de mayo de 2007 CERQUIA suscribió con POPULAR BANCA PRIVADA (en adelante PBP) un contrato de Intermediación, Depósito y Administración que determinó la adquisición de 600.000 acciones de BANCO POPULAR y 481.638 acciones de BBVA.

La entidad BANCO POPULAR fue quien diseñó y estructuró una cartera de inversiones para CERQUIA por importe de 80.000.000€ con la siguiente estructura: Tres productos financieros: Una Contrato Financiero a Plazo (CFA) por 40 millones de euros; una cartera de fondos de inversión por 20 millones de euros y una cartera de valores por importe de 20 millones de euros. Dos pólizas de crédito para financiar toda la inversión: una de 50.000.000€, garantizada por el aval bancario y con vencimiento el mismo día, 2 de enero de 2009, una de 30.000.000€ con vencimiento el 31 de julio de 2009. Una póliza de prenda sobre los derechos de crédito derivados del CFA y de la cuenta de ahorro vinculada a éste, para garantizar ambos créditos. Respecto del CFA la entidad CERQUIA instó la nulidad ante la jurisdicción civil, habiendo sido turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia de Madrid, debiendo indicar que si bien la misma no se había resuelto en el momento de la interposición de la demanda objeto de este procedimiento, lo fue posteriormente, con resultado desestimatorio de las pretensiones de la hoy actora.

CERQUIA se encontró con un panorama muy negro tras el vencimiento del CFA: un perjuicio de 37.236.277,64€ y la obligación de devolver una póliza de crédito de 30.000.000€. La póliza de 50.000.000€ había sido cancelada al vencimiento del aval el 2 de enero de 2009, pero la de 30.000.000€ subsistía, lo que generó una situación de dependencia económica que dio lugar a las renovaciones, extensión de prenda y pignoraciones que constan en los documentos 24 a 27.

En relación con la **ampliación de capital del año 2012** manifiesta que el 15 de julio de 2011 la Autoridad Bancaria Europea (EBA) publicó el resultado de los denominados "Tests de Stress", siendo ese test superado por Banco Popular según Hecho Relevante comunicado a la CNMV. Tras analizar los niveles de capital de 71 entidades financieras la EBA emitió la recondenación de alcanzar para Junio de 2012 un nivel mínimo de capital. El 28 de septiembre de 2012 la consultora independiente Pedro Antonio presentó su informa sobre las entidades financieras españolas y en su informe cifró las necesidades de capital de BANCO POPUALT en 3.223 millones de euros en un escenario adverso. El 1 de octubre de 2012 la entidad comunicó la revisión de su Plan de Negocio, entre cuyas medidas se preveía el reforzamiento de su capital a través de una ampliación de capital con derecho de suscripción preferente para los accionistas actuales, por importe de hasta 2.500 millones de euros. En esta situación CERQUIA necesitaba renovar la póliza de 30.000 millones de euros si quería evitar que el Banco la ejecutara, siendo éste uno de los argumento de los empleados del banco para sugerir a la empresa que suscribiera nuevos títulos. Además PBP asesoró activamente la compra de acciones de BANCO POPULAR por CERQUIA. Cuando las hoy demandantes ya habían convenido a CERQUIA para que concurriera a la ampliación de capital si bien el desequilibrio financiero de CERQUIA hacía que no dispusiera de dinero, ni posibilidades de obtener financiación, por lo que ideó una singular estructura de financiación, de manera que utilizaría como pantalla o persona interpuesta a CERCUPENTA socio único de CERQUIA, para que no pareciera lo que realmente estaba sucediendo, que el Banco financió la compra de sus respectivas acciones, teniendo que ser aceptado este planteamiento por CERQUIA para poder concurrir a la ampliación de capital. De este modo el 21 de noviembre de 2012 CERCUPENTA y BANCO POPULAR suscribieron una póliza de préstamo de 5.000.000€ y con vencimiento el 21 de noviembre de 2015 (que fue renovada el 9 de diciembre de 2015) y una cláusula adicional de pignoración de valores, por cuya virtud el préstamo quedaba garantizado mediante la prenda sobre 90.000 participaciones de CERCUPENTA. Esos 5.000.000€ fueron transferidos, 4.767.522€, a cuentas de CERQUIA y con ese dinero, más 121.774,72€ procedentes de una cuenta de BANCO SANTANDER, adquirió 11.820.096 acciones en la ampliación de capital, ampliación de capital que se trataba de una operación inidónea e inconveniente para las dos entidades demandantes, ya que no les realizó el preceptivo test de conveniencia, ni le asesoraron acerca de los riesgos de la operación, habiendo debido desaconsejar a las actoras acudir a la ampliación de capital. Alega igualmente que existen indicios racionales de inexactitud en la información que BANCO POPULAR facilitó a sus accionistas antes de la ampliación, y a sus inversiones en el folleto informativo.

Respecto de la **ampliación de capital de 2016**, manifiesta que el 26 de mayo de 2016 BANCO POPULAR anunció una nueva ampliación de capital por importe de 2.500 millones de euros. Al igual que sucedió con la ampliación de capital de 2012, la entidad BANCO POPULAR captó a CERQUIA, para que a través de persona interpuesta concurriera a la ampliación con renovación de pólizas de préstamo. El día 21 de junio de 2016 sus suscribieron a un tiempo las renovaciones de las pólizas de crédito de CERQUIA por importe conjunto de 31,25 millones de euros y el préstamo de CERCUPENTA para que la primera pudiera acudir a la ampliación de capital. CERCUPENTA recibió de BANCO POPULAR 5.000.000€ de los cuales, 4.052.000€ transfirió el mismo día a CERQUIA, adquiriendo esta ultima entidad 3.002.090 acciones de BANCO POPULAR por importe de 3.752.970,78€. Que las entidades actoras acudieran a la ampliación de capital del año 2016 era totalmente



desaconsejable, además de ser una operación inidónea e inconveniente. Alega que BANCO POPULAR ha confirmado la falsedad de la información facilitada a los inversores en el folleto informativo. El día 3 de abril de 2017 la entidad comunicó a la CNMV la reexpresión de sus cuentas anuales a 31 de diciembre de 2016 porque su Departamento de Auditoría Interna había detectado varias irregularidades con relación a la cartera de crédito y a la ampliación de capital. Además es público y notorio que el pasado 7 de junio de 2017 se produjo la resolución de la entidad, que finalizó con la compra de la entidad por 1 € por Banco Santander.

En base a tales hechos y a los fundamentos de derecho que considera de aplicación suplica se dicte sentencia acogiendo alguna de las pretensiones indicadas en el Hecho primero de esta resolución.

**SEGUNDO.-** La parte demandada se opuso a la demanda presentada de contrario alegando los siguientes hechos: las entidades CERQUIA y CERCUPENTA son empresas que forman parte del Grupo Empresarial Cerquia, suscribiendo CERQUIA en el año 2007 las primeras acciones de BANCO POPULAR llegando a ostentar un 0,19% de su capital social antes de la ampliación de capital de 2012 y un 0,15% antes de la ampliación de 2016. Alega igualmente que la acción de anulabilidad respecto de la suscripción de acciones en 2012 estaría caducada, que no hubo asesoramientos ni incumplimiento alguno por parte de PBP o BPE y que la información contenida en los folletos era correcta y se advertía expresamente de los riesgos.

Realizadas estas consideraciones previas manifiesta que las actoras forman parte de un gran grupo societario que es el GRUPO CERQUIA, que surge como consecuencia de la escisión de la sociedad HERCESA, siendo el socio que la abandona Don Herminio que era accionista de CERQUIA GESTIÓN. Como consecuencia de la escisión de HERCESA se produjo una entrada de fondos en el Grupo CERQUIA, razón por la que CERQUIA empezó a realizar inversiones de mayor volumen, convirtiéndose en el vehículo del grupo para realizar inversiones, del mismo modo que CERCUPENTA se convirtió en la sociedad financiadora de las actividades de otras empresas del grupo. Añade que ambas codemandantes, además del apoyo que le pueden ofrecer otras empresas de su grupo, cuenta con la colaboración de su equipo financiero y de sus accionistas y administradores, realizando un repaso del curriculum tanto de Don Jose Enrique como Doña Blanca, administradores solidarios de CERQUIA y el primero también administrador y directo de CERCUPENTA. A continuación también analiza el perfil de Don Braulio, director financiero de CERQUIA. Añade que CERQUIA contrató dos tipos de servicios: gestión de carteras e intermediación, indicando ella misma que su perfil era de inversor "agresivo". La entidad PBP realizó los preceptivos test de conveniencia a CERQUIA con ocasión de la suscripción de acciones de 2012 y 2016. Como consecuencia de la entrada de fondos en 2007, comenzó la actividad de inversión agresiva de CERQUIA y suscribió con PBP 600.000 acciones de BPE y 481.638 acciones de BBVA, operaciones cuyo valor económico ascendió a la cantidad de 16.193.459,04€. Entre julio y agosto de 2017 realizó tres operaciones a través de PBP y suscribió otras tres operaciones de financiación con BPE para apalancarlas. Además de la concurrencia a las ampliación de capital de 2012 y 2016, CERQUIA realizó dos nuevas suscripciones de acciones en 2015 y 2016. En cuanto a la clasificación de CERQUIA como cliente minorista, alega que no es sinónimo de cliente conservador, vulnerable o sumiso y menos aún en el caso de contratación de acciones por parte de una empresa como es CERQUIA. Afirma que CERQUIA tenía perfecto conocimiento de los riesgos y características de todos los productos que contrató a lo largo de su relación con PBP, siendo el motivo de la demanda la necesidad de capital del GRUPO CERQUIA como consecuencia de sus malas inversiones. Rechaza que CERQUIA hubiera contratado servicio de asesoramiento, ya que las ampliaciones de capital de 2012 y 2016 se efectuaron al amparo de un contrato de intermediación y administración de valores, ya que lo que quería CERQUIA era evitar la dilución como accionista.

Respecto de la **ampliación de capital del año 2012** manifiesta que CERQUIA ya era accionistas desde el año 2007, que acudía a las Juntas y analizaba los dividendos que recibía, por lo que era consciente de la negativa evolución que estaban experimentando las acciones. A continuación reitera lo ya indicado en la demanda sobre el informe EBA, el estudio Pedro Antonio y la decisión de ampliar el capital. Añade que la información que se enviaba a CERQUIA sobre la ampliación de capital, se le envió no como actividad comercial, sino porque era accionista. Añade que la razón por la que CERQUIA acudió a la ampliación de capital no fue otra que para evitar la dilución de su participación en el capital de BPE, ya que llegó a ostentar un 0,19% del capital social de BPE y ese porcentaje es especialmente significativo teniendo en cuenta que estamos ante una sociedad cotizada. Además CERQUIA firmó el tríptico de dicha operación en el que se informaba de los riesgos de la misma y se le entregó el folleto informativo, aportado como documento nº 50 de la contestación. Afirma que la estructura de financiación para poder concurrir a la ampliación de capital fue ideada por CERQUIA, en el sentido de que solicitó financiación a su sociedad matriz, CERCUPENTA, cuyo objeto social es dar financiación a las empresas de su grupo, razón por la cual CERCUPENTA solicitó un préstamo a BPE y entregó los fondos a CERQUIA, para acudir a la ampliación de BPE.

En cuanto a la **ampliación de capital del año 2016** alega que ente 2012 y 2016 CERQUIA recibió periódicamente información sobre la evolución de las acciones de BPE. Manifiesta que el valor de la acción continuaba



cayendo, en mayo de 2016 la acción había perdido un 38%, por lo que en la Junta General Ordinaria de Accionistas celebrada el 11 de abril de 2016, se acordó la ampliación del capital de 2016, no ocultándose por el banco ni la situación en la que se encontraba ni las razones por las que necesitaba más capita. Al igual que pasó con la ampliación de 2012 CERQUIA decidió concurrir a la ampliación de capital para evitar su dilución. Afirma que CERQUIA recibió toda la información y suscribió además de las órdenes de compra, la nota sobre Acciones y el documento denominado "información precontractual", documento en el que se explica de manera clara y concisa cuáles son las características y los riesgos de la inversión en acciones. Niega que PBP aconsejara la inversión. Además afirma que las renovaciones de las pólizas que tenía CERQUIA no se vinculaban a las ampliaciones de capital ya que han existido más renovaciones que ampliaciones. Realiza alegaciones similares sobre la intervención de CERCUPENTA en esta ampliación de capital a las que ya había realizado al analizar la del 2012. Alega que las dos entidades demandadas cumplieron en todo momento con las obligaciones que les eran exigibles. Finalmente realiza una evolución de BPE después de la ampliación de capital y hasta la resolución de la JUR de 7 de junio de 2017.

En base a todos esos hechos y a los fundamentos de derecho que considera de aplicación suplica se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda.

**TERCERO.-** Tal y como de desprende de los escritos de demanda y de contestación y se analizó en el acto de la Audiencia Previa son varios los hechos controvertidos y cuestiones a tratar en el presente procedimiento considerado necesario empezando por determinar el **PERFIL DEL CLIENTE** de la entidad CERQUIA ya que es la que solicita la nulidad o anulabilidad de las ordenes de compra de las ampliaciones de capital de los años 2012 y 2016, ya que esa determinación será la base para tratar el "cuidado" con el que las entidades demandadas debieron de informarle tanto sobre las operaciones como sobre los riesgos.

La Directiva MiFID y su normativa de desarrollo exigen a las empresas de servicios de inversión el establecimiento de un régimen de clasificación de clientes, con el objeto de conocer su experiencia inversora, conocimientos y capacidad financiera y determinar si los clientes comprenden y pueden asumir los riesgos derivados de sus decisiones de inversión.

La normativa distingue tres categorías de clientes con un grado de protección distinto: f

Cliente minorista.

Cliente profesional.

Contraparte elegible.

Sobre esta cuestión debe traerse a colación la *Sentencia del Tribunal Supremo 2894/2016, de 17 de junio de 2016* en la que indica: "La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa " MiFID " (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina. En cuanto a la categorización de los clientes, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la Ley 47/2007, introduciendo un nuevo art. 78 bis en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Por tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en



*cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos".*

Por tanto, según la clasificación anterior tenemos cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible. En ningún caso la entidad CERQUIA se puede considerar cliente minorista a la par de un consumidor totalmente inexperto en materia financiera, considerando esta Juzgadora, por todo lo que se analizará a continuación que su perfil es de cliente profesional, es decir, aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Es cierto, que en la página 4 de la Sentencia dictada por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 10 de noviembre de 2015, documento nº 13 de la demanda, si clasifica a CERQUIA como cliente minorista, si bien se indica de forma expresa: " *Obviamente CERQUIA en 2007 acometió operaciones de compra de valores por importe de 40 millones de euros, y por tanto no tenía un perfil conservador, pero seguía siendo un cliente minorista y no se puede presumir que su director financiero y sus administradores tuvieran en ese momento conocimientos financieros suficientes para valorar por sí mismos las características, el cotes y los riesgos del producto que contrataban*". Si bien, esa es la valoración del perfil que se realiza de la entidad CERQUIA en el año 2007, cuanto es realmente en el año 2006, cuando empieza a ejercer su actividad pese a su constitución en 1997, ya que había estado inactiva unos años, tal y como se reconoce en el escrito de demanda como en Fundamento de derecho Tercero de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Guadalajara en fecha 30 de marzo de 2015 y aportada como documento nº 12 de la demanda.

No obstante, esta valoración, según criterio de esta Jugadora debe cambiar por lo que se analizará a continuación, debiendo indicar que tanto los documentos de la demanda como de la contestación fueron impugnados no en cuanto a su autenticidad sino en cuanto a su valor probatorio.

Es necesario empezar por indicar que CERQUIA GESTIÓN S.L.U, cuyos administradores solidarios son Don Jose Enrique y Doña Blanca, no es una única sociedad que afronta ella sola las vicisitudes de la vida empresarial, sino que forma un grupo de empresas, GRUPO CERQUIA, con otras muchas sociedades, tal y como es de ver en el organigrama del grupo que se aporta como documento nº 2 de la contestación a la demanda. Por tanto, la entidad, como ya se analizará en el Fundamento de derecho correspondiente a las peticiones de CERCUPENTA, forma parte de un fuerte grupo de empresas y su socio único es la entidad holandesa CERCUPENTA INTERNATINONAL, es decir, que la entidad codemandante CERCUPENTA posee el 100% del capital de CERQUIA (documento nº 10 de la demanda).

CERQUIA fue constituida el 6 de noviembre de 1997 por los hermanos Doña Blanca y Don Jose Enrique (documento nº 1 de la demanda), administradores solidarios de la entidad e hijos de Don Genaro, quien junto con sus hijos y otras personas constituyó el 21 de septiembre de 2006 la entidad CERCUPENTA INTERNATIONAL (documentos nº 8 y 9 de la demanda). Don Herminio era socio, junto con su hermano, de la entidad HERCESA y a finales de 2006 tuvo lugar la escisión de dicho grupo (hecho reconocido en la página 5 de la demanda). Este procedimiento no tiene por objeto valorar la capacidad ni el perfil del Sr. Genaro pero el hecho de que haya formado parte de la entidad HERCESA, conocida en Guadalajara y alrededores por ser de las más importantes en el sector inmobiliario, y ahora sea socio fundador de la entidad titular del 100% del capital social de CERQUIA es importante, ya que indica que por lo menos uno de los socios de CERCUPENTA tiene conocimiento en el mercado financiero, conocimiento que le viene atribuido de forma innegable por su condición de socio de la entidad HERCESA.

Por otra lado, desde que se acometieron las operaciones con BBVA que dieron lugar al procedimiento conocido por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Guadalajara cuya sentencia fue confirmada por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara, los conocimientos financieros y bancarios de los administradores solidarios de la entidad CERQUIA han mejorado considerablemente.

Así Don Jose Enrique manifestó en el acto del juicio que realizó en curso de postgrado en EEUU, y luego dos cursos más en la Universidad de Comillas y en el IES, además de haber realizado un master en la escuela de negocios. Igualmente manifestó que el HERCERA era el responsable de la expansión inmobiliaria y consejero.

Por otra parte, según el documento nº 13 de la contestación a la demanda, que es el informe Axesor respecto del Sr. Genaro muestra que ha ostentado 63 cargos entre los que figuran: presidente, consejero, consejero delegado, administrador, en 36 sociedades diferentes y de esos cargos 33 están vigentes a día de hoy. Por otra parte, como documento nº 15 de la contestación a la demanda se adjunta el test MiFID que a título individual se le realizó en el año 2012 al Sr. Jose Enrique y en el mismo él contestó que la relación entre su formación profesional y el ámbito financiera era de RELACIONADO, la 4 opción de 5 y contestó que realizaba inversiones financieras de elevado importe y con mucha frecuencia, razón por la cual el resultado del test fue asignarle





" 3.- *CLIENTE CON EXPERIENCIA EN PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS*". En resumen el administrador solidario de la entidad codemandante tiene experiencia en productos financieros complejos.

Al igual que su hermano, Doña Blanca , y según acredita el documento nº 19 de la contestación a la demanda, ha ostentado 39 cargos: presidente, consejero, administrador, y representantes en 20 sociedades distintas y en la actualidad tiene 13 cargos activos.

Pero es que además de la experiencia de sus administradores solidarias en otras empresas, la entidad CERQUIA cuenta con su propio equipo financiero y a la cabeza del mismo se encuentra Don Braulio que es su director financiero, quien compareció en el acto del juicio y manifestó ser empleado de CERQUIA desde el año 2006, ser el director financiero y licenciado en ciencias empresariales. Además según consta en el documento 20 de la contestación a la demanda fue subdirecto financiero de HERCESA hasta al año 2006, lo que coincide con lo que se ha indicado hasta este momento, es decir, cuando HERCESA se escindió en 2006 el Sr. Braulio dejó de ser su subdirector financiero para pasar a ser director financiero de CERQUIA.

Pero lo anterior es solo relativo a las personas que conforman CERQUIA y también debe tenerse en cuenta las propias operaciones que dicha entidad ha realizado desde el año 2007 y como se publicita al mundo. Así, empezando por esto último en el documento nº 4 de la contestación que es la presentación de la empresa CERTEL, del mismo GRUPO CERQUIA, se indica: "*Cuenta en su accionariado, totalmente español, con el soporte financiero de la sociedad de Capital Riesgo Cerquia Gestión, con fondos propios de 96 millones de euros y unos activos de 146 millones de euros*".

Tal y como se reconoce en la propia demanda, en 2006 se escinde HERCESA y dio lugar al nuevo proyecto empresarial CERQUIA, que como ya se ha indicado empezó en ese momento su verdadero funcionamiento pese a su constitución en 1997. Afirma que como parte del pago por su salida, no indica quien salió pero por lo analizado hasta ahora se presupone que fue Don Herminio , recibió un aval bancario a primer requerimiento por importe de 50.000.000€, documento nº 14 de la demanda. Ese aval bancario tal y como se indica en ese documento nº 14 tiene como beneficiario a CERCUPENTA, a sus sucesores legales, y cesionarios y como persona física designada como beneficiario es Don Jose Enrique . Por tanto el aval bancario no es para persona física sino para el socio único de CERQUIA.

En fecha 27 de mayo de 2007, documento nº 15 de la demanda y 26 de la contestación, la entidad CERQUIA suscribió con PBP un Contrato de Intermediación, Depósito y Administración de Valores que determinó la adquisición de 600.000 acciones de BANCO POPULAR y 481.638 acciones de BBVA, ascendiendo esa operación a la nada desdeñable cantidad, para tratarse de un cliente minorista, de 16.193.459,04€. Es decir, que desde el año 2007 CERQUIA ya era accionista de BANCO POPULAR.

Además, entre julio y agosto de 2007 la entidad CERQUIA realizó las siguientes operaciones por un importe de 80.000.000€ con las entidades demandada: Un contrato Financiero Atípico, documento nº 29 de la contestación a la demanda, por 40.000.000€, una cartera de fondos de inversión, documento nº 30 de la contestación a la demanda, por importe de 20.000.000€, una cartera de valores por 20.000.000€. Además también formalizó dos pólizas de crédito: una de 50.000.000€ garantizada con el aval bancario antes indicado y con la misma fecha de vencimiento, 2 de enero de 2009, documento nº 31 de la contestación, y otra de 30.000.000€ con vencimiento 31 de julio de 2009 documento nº 32 de la contestación. Además de una póliza de prenda sobre los derechos de crédito derivados del CFA y de la cuenta de ahorros vinculada a ésta, documento nº 33 de la contestación a la demanda. Estas tres últimas operaciones se realizaron por la entidad codemandante para apalancar las indias anteriormente.

Además, y siendo objeto de este procedimiento, CERQUIA concurrió a las ampliaciones de capital de 2012 y 2016.

A su vez el documento nº 34 de la contestación son los extractos de los movimientos de las operaciones realizados por la actora con las entidades codemandadas desde el 2007 y hasta el 28 de diciembre de 2017.

Finalmente, como documento nº 23 de la contestación a la demanda se acompaña el contrato para la gestión de carteras de inversión de 1 de agosto de 2007 suscrito por la entidad CERQUI GESTIÓN S.A y en el Anexo I, "PERFIL DE RIESGO Y HORIZONTE PERSONAL" aparece firmada la casilla de " **AGRESIVO** : *El objetivo es la apreciación de capital, y el inversor asume los riesgos inherentes a carteras casi exclusivamente invertidas en productos en productos de o relacionados con la renta variable u otros mercados que ofrezcan combinaciones similares de rentabilidad/riesgo*". Es decir, que es la propia entidad, a través del representante que formó dicho contrato, el que se define como cliente agresivo.

Todo lo analizado a lo largo de este fundamento de derecho permite considerar, a criterio de esta Juzgadora, que CERQUIA es un cliente profesional.



**CUARTO.-** Por razones de coherencia y estructura de la presente resolución es necesario analizar ahora si la primera acción que se ejercita por la parte actora CERQUIA puede ser admitida.

Tal y como se indica en la demanda y como se ha hecho constar en la parte expositiva de la presente resolución, la parte actora ejercita con carácter principal, **acción de nulidad por infracción de normas imperativas**, en concreto por infracción de la Ley del Mercado de Valores. Sin necesidad de entrar a valorar si las normas contenidas en la Ley del Mercado de Valores, tienen o no la consideración de normas imperativas, si que procede indicar que la infracción de sus normas no provoca por sí sola la nulidad de pleno derecho.

Así lo ha indicado el *Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno de 30 de Junio de 2015* en la que indica lo siguiente: "9.- *En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores , en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.*

10.- La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre , ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias" y que, en consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10) , apartado 27)".

*Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores , al amparo del art. 6.3 del Código Civil . Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" ( art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas ( art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores ).*

*Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato".*

Por tanto, teniendo en cuenta lo indicado anteriormente, es decir, que la infracción de los deberes de información establecidos en la Ley del Mercado de Valores no conllevar por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, la acción que con carácter principal se ejercita por CERQUIA debe ser desestimada.

**QUINTO.-** Que no se pueda declarar la nulidad de pleno derecho del contrato por incumplimiento de las normas contenidas en la Ley del Mercado de Valores no significa, tal y como indica el Tribunal Supremo en la sentencia citada en el fundamento de derecho anterior, que la infracción de los deberes legales de información puedan tener un efecto sobre la validez del contrato, en la queda que dicha falta de información puede provocar un error vicio, por lo que sí que la parte actora CERQUIA sí que puede ejercitar la acción de nulidad relativa o anulabilidad del artículo 1.301 del Código Civil y es lo que ha realizado ya que de manera subsidiaria ejercita acción de nulidad relativa por vicio del consentimiento, habiéndose provocado ese vicio en el consentimiento por dolo o error.



Antes de entrar a valorar tales acciones es fundamental tratar dos cuestiones, la primera de ellas la **caducidad de la acción de anulabilidad respecto de la ampliación de capital del año 2012** y si entre las partes ha existido contrato de asesoramiento o sólo de gestión e intermediación.

Respecto de la primera de las dos cuestiones, es decir, la *caducidad de la acción de anulabilidad*, podemos seguir dos corrientes, la sentada en la *Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018*, que es seguida, por ejemplo, por la *Sentencia dictada por la Sección 10ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid de fecha 20 de diciembre de 2018*, o bien la sentada por la *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015*.

Es cierto que ninguna de ellas se refiere en concreto a las ampliaciones de capital, pero también lo es que, hace referencia a otros contratos o productos bancarios, por lo que su contenido se puede aplicar por analogía.

Empezando por la *primera de las Sentencias indicadas*, la *Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018* establece en su *Fundamento de Derecho Tercero*: "*Dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato se swap*

1.- La sentencia recurrida ha declarado caducada la acción respecto de los dos primeros contratos de swaps celebrados por las partes, pero no respecto del tercero. La demandada ahora recurrente sostiene que, al no declarar caducada la acción respecto del último contrato, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015.

*Entiende la recurrente que debe partirse del esquema argumental de la propia demandante, cuya acción se basa en la existencia de vicio del consentimiento derivado de un error con respecto de lo contratado. Argumenta que, puesto que la demandante fundamenta su error en la creencia de que se encontraba ante alguna especie de seguro de tipos de interés sobre el que desconocía completamente el riesgo que comportaba su suscripción, lo coherente es entender que, en consecuencia, con la recepción y aceptación de las primeras liquidaciones periódicas derivadas de los contratos, la actora tuvo ocasión de advertir que no era un seguro y de ver materializado el riesgo que afirma que desconocía.*

*A partir de ese momento, alega la recurrente, la demandante habría estado en condiciones de advertir el error en que presuntamente había incurrido. Sostiene, en definitiva, que, dado que la actora había soportado liquidaciones negativas como consecuencia de los dos contratos ya suscritos con anterioridad y que la primera liquidación negativa del contrato suscrito el 10 de noviembre de 2006 data del 20 de noviembre de 2007, cuando se interpuso la demanda el 30 de enero de 2014 también habría transcurrido el plazo de ejercicio de la acción en relación con este tercer contrato.*

*La recurrente pone de relieve finalmente que el tercer contrato de swap suponía la cancelación de los otros contratos anteriores y que la demandante no puso ninguna objeción a las liquidaciones. Añade que no cabe declarar la nulidad de un contrato extinguido y cuyos efectos han cesado.*

2.- En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida "unit linked multiestrategia" en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencia de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

*Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".



**3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato".**

En la segunda de las sentencias indicadas Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de Septiembre de 2015 nuestro Alto Tribunal estableció: " el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil , conforme al cual "la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (...)" (...). Ahora bien, lleva razón la demandante cuando, en su recurso de casación, alega que el momento inicial del cómputo de ese plazo de ejercicio de la acción no es el declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la fecha inicial sería la de celebración del contrato, lo que determinaría que la acción de anulación por error vicio del consentimiento estuviera caducada. En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , declaramos: "Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", tal como establece el art. 3 del Código Civil . La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los "contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente", quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia ,pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error"

Sea cual fuere la opción que se eligiera en el presente caso, consumación del contrato o momento en que el prestatario tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, en el presente contrato la acción de anulabilidad respecto de la ampliación de capital del año 2012 se encuentra caducada.

En este caso, ampliación de capital ya sea del año 2012 o del año 2016, no nos encontramos ante contratos de tracto sucesivos, sino que los mismos se consuman en el momento en que la parte adquirente paga por las órdenes de compra y recibe las acciones suscritas con derechos de suscripción preferente. En el caso de CERQUIA tal y como se indica en la demanda, hecho no controvertido por que se reconoce en la contestación, adquirió un total de 11.820.096 acciones con el siguiente desglose:

- \* El 28 de noviembre adquirió 9.248.802 acciones por un importe de 3.708.769,60€.
- \* El mismo día 28 de noviembre adquirió 1.862.226 acciones por importe de 746.752,63€.
- \* Además desde su cuenta del Banco Santander adquirió 303.402 acciones por importe de 121.774,72€.
- \* Finalmente adquirió 405.666 acciones por un importe de 162.672,07€.

Por tanto, la consumación de la ampliación de capital se produjo a finales de Noviembre del año 2012, y dicha consumación, ya que no nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, marca el inicio del plazo de caducidad de 4 años, y dicho plazo finalizaría a finales de noviembre de 2016 y la demanda no se interpuso hasta diciembre de 2017, por lo que la acción habría caducado en el momento de interposición de la misma.



Pero aún, en el caso que se considere que no debe aplicarse el criterio del momento de la consumación del contrato, sino cuando el sujeto que acciona ha tenido cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, la acción también estaría caducada, no debiendo olvidar, como ya se ha indicado en la presente resolución, que la entidad demandada era accionista de Banco Popular desde el año 2007 y como tal accionista recibía información puntual del estado de la entidad, además de acudir a las juntas de accionistas tal y como ha reconocido el Sr. Braulio en el acto del juicio.

En el propio informe pericial de la parte demandante, que fue ratificado en el acto del juicio por sus suscriptores, se indica, página 48 que la entidad suspendió el pago de dividendos en 2012 y no lo retomó hasta 2014, es decir, que en el año 2013 cuando CERQUIA se da cuenta que se ha suspendido el pago de dividendos, pago en el que lógicamente tiene interés pues es accionista, unido al contrasplit (agrupación de títulos) que se hace en junio de ese mismo año, ya podía tener un conocimiento cabal y completo de que la ampliación de capital del año 2012 podía no ser lo que parecía, o por lo menos la operación idónea y conveniente que, según indica en la demanda, le ofreció BANCO POPULAR.

Además en relación con el contrasplit en la relación de una nueva acción por cada cinco antiguas, en el propio informe pericial, se indica que se realizó en el año 2013 ante la baja cotización de la acción, a 0,5740 de cierre de la acción el viernes 14 de junio de 2013.

Finalmente, en el acto del juicio, Don Jose Enrique manifestó a preguntas de la dirección letrada de CERQUIA que les vendieron la ampliación de capital del año 2012 como la panacea, beneficio futuro, dividendo, por lo que cuando en el año 2013 no es que no haya beneficio sino que se suspende el pago de dividendos ya deberían haber tenido conocimiento de que lo que le vendieron como la "panacea" no era tal.

Por tanto, durante el año 2013, la información que la actora tenía en tanto en cuanto accionista de la entidad, junto con la suspensión del dividendo y la baja cotización de la acción, son parámetros que debería haber analizado para considerar que respecto de la ampliación de capital del año 2012 no había obtenido toda la información necesaria para concurrir a la misma con total conocimiento de sus riesgos, por lo que la acción también estaría caducada.

Al apreciarse la existencia de caducidad de la acción de anulabilidad por dolo o error respecto de la ampliación de capital del año 2012, dicha acción de anulabilidad sólo se va a analizar en relación con la ampliación de capital del año 2016.

**SEXTO.-** Como ya se ha mencionado al principio del anterior fundamento de derecho antes de entrar a analizar las acciones subsidiarias ejercidas por CERQUIA en su escrito de demanda es necesario analizar si entre las partes **existió asesoramiento o sólo gestión e intermediación.**

Según el artículo 140 g) del Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores : "Se consideran servicios o actividades de inversión los siguientes: g) El asesoramiento en materia de inversión.

*No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo dispuesto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. Asimismo, tampoco se considerará recomendación personalizada las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público".*

Por otra parte, la Guía de Asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de fecha 23 de diciembre de 2010 establece que para la concurrencia de asesoramiento en materia de inversión, han de cumplirse conjuntamente los siguientes requisitos:

- (i) debe tratarse de una recomendación, es decir, debe incluir un elemento de opinión por parte de quien presta el servicio y no tratarse sencillamente de una información o explicación de las características y riesgos de una operación o servicio financiero,
- ii) que se realice respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos y no de forma genérica respecto a un tipo de activos o productos financieros,
- iii) ser personalizado, es decir, presentarse explícita o implícitamente como idónea para esa persona basándose en una consideración de sus circunstancias personales,
- iv) debe realizarse a través de medios que no consistan exclusivamente en canales de distribución dirigidos al público en general como anuncios en prensa, televisión o radio y, Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión



v) ser individualizado, esto es, realizarse a una persona en su calidad de inversor o posible inversor o en calidad de apoderado o representante del mismo.

*Estos cinco elementos pueden resumirse en dos fundamentales: i) que exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita y, ii) que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales.*

Igualmente, el Tribunal Supremo en su *Sentencia de 20 de Enero de 2014* indica que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. Declara dicha resolución que " Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011 ), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El artículo 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros" . Y el artículo 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público".

En el presente caso y como se analizará a continuación, CERQUIA no recibió asesoramiento por parte de las entidades demandadas para concurrir a las ampliaciones de capital de los años 2012 y 2016, es más recibió la misma información que el resto de los accionistas que como tales tenía derecho de suscripción preferente y el folleto informativo que se les entregó, fue el mismo que al resto de personas y/o entidades que querían concurrir a las ampliaciones de capital. Las ampliaciones de capital de 2012 y de 2016 eran de carácter general, es decir, podían concurrir a la misma tanto los accionistas que ya tenían derecho de suscripción preferente como los no accionistas, por lo que no se puede decir que el concurrir a dichas ampliaciones fuera una recomendación personalizada para CERQUIA. Además, tal y como examinaremos en el Fundamento de Derecho correspondiente, la concurrencia a las ampliaciones de capital no fue una obligación impuesta por el banco bajo el "chantaje financiero" de no renovar las pólizas de CERQUIA sino una decisión de esta para no verse diluida, habida cuenta que desde el año 2007, cuando adquirió 600.000 acciones, ya era accionista de la entidad BANCO POPULAR.

Tal y como explicaron varios testigos en el acto del juicio, entre ellos Don Benedicto y Don Bienvenido , ambos empleados de la entidad demandada, las ampliaciones de capital de 2012 y de 2016 fueron prácticamente iguales, es decir, que las condiciones de la ampliación se transmitieron a los clientes, que los clientes tenían un derecho de adquisición preferente y eso lo que se les comunicaba. Además, la información que se recibió para dar a CERQUIA por parte del banco fue la misma que la que estaba publicada.

Además, tal y como acreditan los documentos 40 a 45 de la contestación a la demanda, las partes no suscribieron ningún contrato de asesoramiento, sino los siguientes:

\* Contrato de intermediación depósito y administración de valores de 29 de mayo de 2007, cuenta patrimonial NUM003 . Documento nº 40 de la contestación.

\* Contrato de intermediación depósito y administración de valores de 26 de julio de 2007, cuenta patrimonial NUM004 . Documento nº 41 de la contestación.

\* Contrato financiero a plazo de 1 de agosto de 2007, cuenta patrimonial NUM005 . Documento nº 42 de la contestación. Documento nº 42 de la contestación,

\* Contrato de depósito y administración de valores de 26 de julio de 2007, cuenta patrimonial NUM006 . Documento nº 43 de la contestación.

\* Contrato para la gestión de carteras de inversión de fecha 1 de agosto de 2007. Documento nº 44 de la contestación.

\* Contrato de cuenta de ahorro, contrato de cuenta corriente. Documento nº 45 de la contestación a la demanda.



En las cláusulas de los documentos 40 y 41 se habla de servicio de intermediación, en ningún momento de asesoramiento.

Además tal y como se indica en las páginas 21 y 33 de la demanda, el pago de las acciones adquiridas en las ampliaciones de capital se realizaron a través de las cuentas patrimoniales NUM003 que es la del contrato de intermediación, depósito y administración de valores de 29 de mayo de 2007 y de la NUM004 que es la del contrato de intermediación, depósito y administración de valores de 26 de julio de 2007, lo que implica que para concurrir a las ampliaciones de capital CERQUIA no suscribió con las entidades demandadas ningún otro contrato sino que utilizó los que ya había concertado y ninguno de ellos era de asesoramiento.

Como documento nº 47 de la contestación se adjunta la orden de valores de 21 de noviembre de 2012, vinculada a cada una de las cuentas patrimoniales antes indicadas, y en las condiciones se indica de forma expresa: " *La tramitación de la presente orden por parte del Banco supone la prestación de un servicio de intermediación, definido como recepción y transmisión de órdenes para su ejecución, por cuenta del Cliente, sobre los instrumentos financieros que están dentro del ámbito de actividad del Banco, que ejecutará las órdenes recibidas en cuanto le sea posible, o cuidará de su ejecución informando en todo caso al cliente*". En consecuencia, la ejecución de la orden de valores constituye un servicio de intermediación, no de asesoramiento.

En el mismo sentido que el documento nº 47 se pronuncia el documento nº 55 respecto de la orden de valores de la ampliación de capital del año 2016.

Además, los correos electrónicos que se han aportado, que acreditan una fluida relación entre las entidades litigantes, pero no la existencia de asesoramiento. Así por ejemplo los documentos 41 y 42 de la demanda son correos electrónicos que Don Benedicto envía a Jose Enrique comentando los porcentajes de incremento o dilución en el capital social. Ese correo, dada la redacción del mismo y su fecha, parece responder a una conversación mantenida con anterioridad sobre la dilución en el caso de no concurrir a la ampliación de capital del año 2012. Si se lee, en especial el documento nº 42 de la demanda, se puede observar que la contestación del Sr. Benedicto es aséptica, es decir, le da los datos obrantes pero no le hace ninguna recomendación.

Para finalizar es muy importante tener en cuenta tal y como manifestó el Sr. Jose Enrique la existencia de mucha confianza con la entidad bancaria, o en palabras de los testigos empleados de las entidades codemandadas, que las actoras hablaban directamente con las altas instancias del Banco, lo que puede implicar que hayan gozado de características favorables, teniendo en cuenta que ya no sólo la envergadura de las operaciones ya iniciadas en el año 2007, habiéndose renovado en varias ocasiones la póliza de 30.000.000€ sino también el hecho de que las gestiones bancarias las llevaba Popular Banca Privada que es la que gestiona los grandes patrimonios, tal y como manifestó el testigo Don Inocencio . Pero que exista mucha confianza y preferencia por este cliente, no puede confundirse con la existencia de un asesoramiento activo por parte del banco, cuando, como ya hemos indicado no existió recomendación personalizada y la información que recibió CERQUIA fue la misma que el resto de interesados en concurrir a las ampliaciones de capital.

Si hubiera asesoramiento, la entidad debe recomendar al cliente los productos que mejor se ajusten a su situación personal, para lo cual tendrá que analizar sus conocimientos y experiencia previos así como sus objetivos de inversión y su situación financiera. El conjunto de preguntas que le harán para obtener esta información se llama test de idoneidad. Si no dispone de datos necesarios para completar este test no le podrá prestar el servicio.

El hecho de que no exista asesoramiento implica que no se tiene que practicar el test de idoneidad.

**SÉPTIMO.-** Resueltas las cuestiones relativas a la caducidad de la acción de anulabilidad, error o dolo, respecto de la ampliación de capital del año 2012 y que las partes no suscribieron entre sí un servicio de asesoramiento, procede entrar a analizar la **acción de anulabilidad, por error o dolo, respecto de la ampliación de capital del año 2016.**

Es necesario empezar por manifestar que, ciertamente como indica la parte demandada, la acción no es un producto de inversión complejo (como señala el art. 79 bis de la LMV), de modo que en principio no se requiere una información que se impone para productos complejos. Sin embargo, como señala entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 29 de diciembre de 2.014 , " *La normativa del mercado de valores se estructura, como pilar básico, sobre el principio de protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos.* ".



Por su parte, la Sentencia de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid de 24 de octubre de 2017 declaró lo siguiente: "Sobre la obligación de las empresas que prestan servicios de inversión de informar a sus clientes acerca de la naturaleza y características de los productos contratados y sus riesgos asociados, y de las consecuencias que pudiera acarrear la infracción de esta obligación declara la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015 que "La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, tanto la anterior a la transposición de la Directiva MiFID como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, si bien la que transpone la citada directiva lo hace de un modo más sistematizado y exigente, tanto en la recogida de información sobre el cliente, sus conocimientos y necesidades de inversión, como en el suministro de información por parte de la empresa de inversión al cliente para que comprenda la naturaleza, las características y los riesgos de los distintos productos y servicios de inversión, y decida si contrata y, en su caso, qué productos o servicios contrata, con un consentimiento suficientemente informado".

En un sentido muy parecido la Sentencia de la Sección Segunda de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de marzo de 2017 establece en su Fundamento de Derecho Segundo: "... Sentados los anteriores hechos, no hay duda que las acciones son instrumentos de inversión y que la normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual es la protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se toman con pleno conocimiento de causa.

El art. 30, bis.1 de la Ley del Mercado de Valores señala que " Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores ". Y en su apartado 2 dispone que " No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores ".

Tanto del art. 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del Real Decreto 2010/2005, de 4 de noviembre de 2.005 , que desarrolla dicha Ley en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción, fijan el contenido del folleto informativo en armonía con la Directiva 2.003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4/noviembre/2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2001/34. De este cuerpo legal destaca como elemento primario y relevante objeto de esa "información suficiente " a dar al público, los riesgos del emisor, explicitados en los " activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor ". El fin no es otro que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente. Además, el inversor tiene la garantía jurídica y confianza que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor, y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión de oferta pública.

En tal tesitura, y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados y la propia ley del Mercado de Valores fija en su art. 28 la responsabilidad por la información del folleto y obliga al autor del folleto informativo a declarar que (a su entender) los datos son conformes a la realidad y no se omiten hechos que " por su naturaleza pudiera alterar su alcance ". Y en lo que ahora interesa, fija en el art. 28.3 (luego desarrollado en el artículo 36 del Real Decreto 1310/2005 ) una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus administradores.

Así las cosas, resulta patente la enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral), revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio, como antes quedó indicado, que la entidad demandada acabó solicitando la intervención pública. Por tanto, las propias cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011 determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicada y divulgada, ni la situación económico financiera real, de ahí su incorrección e inveracidad. Y no basta con cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno, y ello respecto a los beneficios y pérdidas de Bankía se ha demostrado que lo informado no era real.





Lo expuesto lleva a la conclusión que la información llevada a efecto en la oferta pública por la entidad demandada resultó incorrecta e inveraz en aspectos relevantes, dando apariencia de una solvencia que no se correspondía con la realidad de su situación financiera. Por consiguiente, se vulneró la legislación del Mercado de Valores antes aludida, con las consecuencias expresadas, y que también se han plasmado en la sentencia del TJUE de 19/diciembre/2013, que concluyó que no es contrario a la Directiva 2.003/71/CE una normativa nacional que en la transposición de la misma " establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información, y obliga, como consecuencia de esa responsabilidad, a la sociedad de que se trata a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas ", esto es, en el sentido en que lo ordena el referido art. 28.3.

Debemos entonces indicar que aquella regulación sectorial no excluye la posibilidad de ejercitar estas acciones generales amparadas en la teoría general de las obligaciones y los contratos ( art. 1261 del Código Civil y concordantes), sino que antes al contrario la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato, con especial consideración a los que validan la emisión del consentimiento. Así pues el error se hace presente cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada, máxime cuando ha sido inducida en buena medida por la consciente actuación de la entidad emitente (que nos sitúa en un ámbito cercano al dolo) y que en todo caso no era susceptible de ser superada, desvaneciendo el error con una actuación más diligente. En resumen, siendo el error inexcusable y recayendo sobre elementos esenciales, primordiales y determinantes de la compraventa de acciones, la proyección del vicio del consentimiento sobre el contrato, por aplicación del art. 1303 del Código Civil , determina su ineficacia, y por ende la desestimación del motivo que analizamos".

En consecuencia, lo relevante es que en cualquier caso la entidad emisora ha de proporcionar, y no puede eximirse de hacerlo, información clara, real y comprensible sobre su situación económica, futura rentabilidad, etc., todo ello por cuanto ha de resultar determinante a los efectos de la formación de la voluntad negocial del potencial inversor, ya que como indica la Sentencia del Tribunal Supremo analizada en el Fundamento de derecho Cuarto la infracción de estos deberes legales de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expuso el Alto Tribunal en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

Para el análisis de los requisitos de la acción de anulabilidad ejercitada se va a tomar como base la reciente Sentencia 469/2018 de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2018 en cuyo Fundamento de derecho Cuarto dispone:

"Establece el artículo 1.265 del Código Civil que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", y el artículo 1.266 dispone que "para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

Siguiendo la STS Pleno, núm. 23/2016 de 3 febrero (RJ\2016\2), es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular. Según recordábamos en la sentencia 689/2015, de 16 de diciembre (RJ 2015, 5570), que compendia la reciente jurisprudencia en la materia:

"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. 1.266 del 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 hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1.261.2 del 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".*

*Se entiende que el consentimiento se presta con error cuando no se tiene plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello que constituye su objeto o sobre condiciones esenciales del mismo. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente los requisitos que deben concurrir para el éxito de esta acción, pudiendo citar, entre otras muchas, la STS de 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\7587), según la cual, "la doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones". Señala igualmente la STS de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 11052), que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta". En numerosas Sentencias del Tribunal Supremo -Por todas, STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9893)-, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe...". "El error viciante del consentimiento con arreglo a los arts. 1.265 y 1.266 del Código sustantivo, que consiste en el falso consentimiento de la realidad y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración de voluntad a la emisión de una declaración de voluntad no querida efectivamente, exige que el error sea sustancial y no imputable a quien lo padece, sin que puedan ampararse en el error aquellas personas que hubieren dado lugar al mismo". 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. De igual modo, 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 ( SSTS de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 ). En efecto, para prestar un consentimiento válido es preciso que ambas partes contratantes tengan plena conciencia del contrato por el que se van a vincular y, por tanto, de los derechos y obligaciones que les incumbe en el ámbito de dicho contrato, de ahí la importancia de las negociaciones previas en la fase precontractual en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, lo que adquiere especial importancia en la contratación en el ámbito del sector bancario y financiero por razón de su complejidad, no encontrándose las partes en plano de igualdad por regla general, de ahí la normativa tuitiva para proteger principalmente al consumidor o inversores sin conocimientos expertos o cualificados.*



Y como expresa la STS (Pleno) núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Añade la STS (Pleno) núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015 \5714) que la STJUE de 30 de abril de 2014 ( TJCE 2014, 165), dictada en el asunto C-26/13 , en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que "esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva" (párrafo 72), que "del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo" ( párrafo 73), y concluir en el fallo que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo". Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015, 93), asunto C-143/13 , cuyo párrafo 74 declara: "de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai [TJCE 2014, 105], EU:C:2014:282 , apartado 73)".

Igualmente, para la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893 ), en la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , EU:C:2014:282 ), el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo. También la STJUE del caso Andriuc declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas. Efectivamente, el apartado 35 de la STJUE del caso Andriuc afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Y en el apartado 38 añade: "[...] mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo". Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893 ) que las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del



capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893 ) que la jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013 ( asunto C-92/11 , caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51), y de 30 de abril de 2014, ( caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriuc, cuyo apartado 48 declara: "Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información - sentencias de 21 de marzo de 2013 (RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44), y de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C- 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50). Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: "49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). " 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras".

Añade la misma resolución que no es admisible la tesis de que no le era exigible a la entidad bancaria el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988 , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que "la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos", solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde. Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios".

**OCTAVO.-** Aplicado lo analizado en el fundamento de derecho anterior se puede considerar acreditado, por los motivos, que se analizarán a continuación que CERQUIA sufrió un error excusable, pudiendo calificarlo como error provocado, al concurrir a la ampliación de capital del año 2016, ya no por el hecho de que no recibiera por parte de las entidades codemandadas la información legalmente exigida en relación con la operación a acometer y los riesgos de la misma, así se acredita con el documento nº 55 de la contestación a la demanda, sino porque dicha información no reflejaba la situación económica real de la entidad, lo que conllevó que se hiciera una representación equivocada sobre la solvencia de la entidad y consecuentemente, sobre la rentabilidad de la inversión. Además, el hecho de que por esta Juzgadora se haya calificado a CERQUIA como cliente profesional, no implica que por otros cauces o empleando una diligencia superior a la que se le puede exigir llegara a tener conocimiento de los hechos que finalizarían con la resolución de la JUR de 7 de junio de 2017. Es imposible, ya que se trata de una cuestión sobre la realidad contable de la entidad BANCO POPULAR, que la entidad CERQUIA por muy cliente profesional que fuera tuviera conocimiento que los datos aportados por dicha entidad no reflejaban la imagen fiel de la misma, máxime cuando los documentos informativos de

la ampliación de capital, como por ejemplo el folleto informativo, habían sido previamente depositados ante la CNMV.

Resulta un hecho notorio, también se alude a este resultado final tanto en la demanda como en la contestación, que BANCO POPULAR ESPAÑOL, el 7 de junio de 2.017 fue vendido por el FROB al BANCO SANTANDER por el valor simbólico de 1 euro, como consecuencia de la resolución del banco, al considerarlo inviable, por parte del Mecanismo Único Europeo de Resolución de entidades bancarias implementado por las autoridades europeas y en el marzo de un esquema de resolución adoptado por la Junta Única de Resolución y ejecutado por el FROB, de conformidad con los artículos 18, 20, 22 y 24 del Reglamento de la UE 806/2014, del Parlamento Europeo, y del Consejo, de 15 de Mayo de 2.014 y de la Ley 11/2015 de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

El dispositivo de resolución de BANCO POPULAR ESPAÑOL estableció la amortización de todas las acciones del banco que estaban admitidas a negociación en Bolsa, por lo que los anteriores accionistas, como la entidad CERQUIA, perdieron el valor del 100% de su inversión, al dejar de ser titulares de las acciones que habían adquirido como consecuencia de dicha inversión. Igualmente, el dispositivo de resolución realizó la conversión de las acciones que habían adquirido como consecuencia de dicha inversión. Igualmente, el dispositivo de resolución realizó la conversión de acciones de todos los instrumentos de capital adicional de nivel 1 (bonos contingentemente convertibles en acciones) y su amortización inmediata, y la conversión de todos los instrumentos de capital nivel 2 (deuda híbrida y subordinada) en acciones de nueva emisión, que fue las que adquirió BANCO SANTANDER por el precio de 1 euro.

La existencia de información inadecuada, incompleta o insuficiente de la situación económica de la entidad BANCO POPULAR y por ende de lo desaconsejable de concurrir a la ampliación de capital del año 2016 se acredita ya no sólo por el hecho de que dicha entidad haya sido resuelta, hecho notorio y ya indicado anteriormente, sino por el informe pericial que se aporta como documento nº 43 de la demanda y que fue ratificado en el acto del juicio.

Es cierto que la entidad demandada aporta su propio informe pericial, con adenda que fue igualmente aceptada, pero se limita a realizar una evaluación crítica del presentado de contrario, es decir, se trata de un contrainforme, debiendo en este momento reproducir y asumir las conclusiones del *Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid en su Sentencia 199/2018 de 8 de octubre "Así se trata en realidad de un contrainforme, que se encamina a desvirtuar las afirmaciones y conclusiones del informe aportado por la actora, y sus posibles insuficiencias o inexactitudes, pero sin aportar los datos internos de la sociedad que permitirían poder concluir que la entidad observó los deberes de transparencia y tutela de los intereses de los inversores minoristas a lo largo del proceso de reestructuración que padeció desde el inicio de la crisis en 2008..."*.

Así en las páginas 186 y 187 del informe pericial, en el punto 17.3 referido a los datos publicados en el Informe de Auditoría de Estados Financieros Intermedios del 1 Semestre de 2017, se extraen datos muy interesantes. Por ejemplo, en cuestión de solvencia se pasa de una ratio del CET 1 y Tier 1 del 18,17% y 18,71% a **-3,70%** en un año, es decir, los primeros datos son a fecha 30 de junio de 2016 y el dato negativo a fecha de 30 de junio de 2017. Además, en ese mismo periodo de tiempo se pasa de unos fondos propios de 14.543.511 millones de euros a 332.326 millones de euros. A su vez, la morosidad aumentó un 47,85%. Finalmente de 35,4 millones de euros de pérdidas se pasa a 12.218 millones de pérdidas. La pregunta lógica es ¿como es posible que en un año la situación económica y financiera de una entidad "consolidada" y referente en España como BANCO POPULAR haya empeorado de forma tan ostensible y sin solución? Y la respuesta tiene que ser igual de lógica y es que la información económica suministrada por la entidad no reflejaba la imagen fiel de la misma.

Por otro lado, según la página 189 del informe pericial que explica la evolución de resultados, la entidad BANCO POPULAR pasa a tener beneficios hasta el tercer trimestre de 2016 y luego suma la cifra de pérdidas de 15.829 millones de euros. Esto no es posible en el caso de la entidad financiera saneada y tampoco se debe a la fuga de depósitos que se produjo en el año 2017 cifrada por la propia entidad, página 47 de la contestación, en 5.7452 millones de euros. Se debe a que en la información suministrada por el banco no se reflejaba la realidad contable del mismo.

Además, debe tenerse también como dato importante, que consta en el informe pericial, así como en la demanda y en la contestación, que en fecha 3 de abril de 2017, poco después de realizarse la ampliación de capital, la entidad anuncia a través de Hecho Relevante a la CNMV que se había llevado a cabo una Auditoría Interna y que se estima necesario re-expresar la cuenta a cierre del ejercicio 2016 y esa re-expresión da lugar a un ajuste, de 3.485 millones de euros de pérdida a 3.611 millones de euros.

Igualmente, en las páginas 193 y 194, apartado conclusiones, del informe pericial se indica:



"i) La entidad tras su resolución ha aflorado pérdidas de más de 12.000 M de Euros no explicables, únicamente, por un deterioro en el ejercicio de 2017.

(ii) La Re-expresión de cuentas de abril 2017 ya anticipaba que el balance estaba afecto a determinados activos improductivos cuyo riesgo no había sido declarado en las cuentas y estados financieros correspondientes al ejercicio 2016 y que además provenía de ejercicios anteriores como declaró el propio Auditor (PwC).

(iii) Los datos que la entidad publicaba en términos de solvencia ofrecían una imagen de entidad solvente. Sin embargo, tras su resolución los datos financieros ofrecidos por la AEB y los propios publicados por Banco Popular y Banco Santander ilustran una realidad totalmente distinta y opuesta. Según estos datos, Banco Popular era una entidad insolvente, con insuficiencia de recursos propios y con pérdidas mil millonarias.

(iv) Los niveles de morosidad aumentan exponencialmente en un breve periodo de tiempo de 2-3 meses del 14% al 20%. Estas cifras tampoco han sido explicadas dado que no se ha producido ningún cambio de relevancia en el mercado inmobiliario o más al contrario, existe un contexto financiero favorable que por tanto iría orientado a la reducción de estos ratios, no a su aumento. En consecuencia, entendemos que los ratios de morosidad publicados por el Banco en sus estados financieros previos no reflejaban el ratio real, sino otro muy inferior.

Por todo ello, concluimos que los ratios financieros esenciales plasmados en el Folleto de emisión y la Presentación comercial correspondientes a la Ampliación de capital de junio de 2016, entendemos, no debían reflejar la imagen fiel de la entidad a la luz de los datos financieros posteriormente conocidos. Ni Banco Popular, ni Banco Santander han explicado adecuadamente los fortísimos ajustes realizados".

Además el hecho de que la información suministrada por la propia entidad bancaria sobre su estado financiero no fuera veraz también es tenido en cuenta por la CNMV en su "Informe razonado relativo a la remisión por parte del Banco Popular Español S.A del informe financiero anual consolidado del ejercicio 2016 con datos inexactos o no veraces o con información engañosa que omite aspectos relevantes". Dicho documento consta aportado a las actuaciones mediante escrito de 10 de julio de 2018. En la página 18 del informe se indica: " Como se ha señalado anteriormente, en opinión del DIFC, existen determinados indicios de que alguno de los mencionados ajustes, registrados en la información financiera individual del Banco Popular del primer trimestre de 2017 y que han supuesto unas pérdidas después de impuestos de 12.218 millones de euros, debieran haber tenido que ser registrados al formular la información financiera de la Entidad y su Grupo del ejercicio 2016".

Igualmente, en las páginas 22 y 23 del informe se establece: " De acuerdo con lo señalado en este informe, las principales áreas donde se han encontrado indicios o hechos que pudieran poner de manifiesto que la **información financiera consolidada del ejercicio 2016** no reflejaba la imagen fiel de la situación financiero patrimonial y los resultados del Grupo de la Entidad son:

- \* Préstamos y partidas a cobrar y, en especial, el registro de las provisiones o correcciones por deterioro de valor.
- \* Activos no corrientes y grupos enajenables de elementos clasificados como activos mantenidos para la venta.
- \* Activos por impuestos diferidos relacionados con la actividad de bases imponibles negativas.
- \* Fondo de comercio y análisis de su recuperabilidad.

De acuerdo con lo señalado en este informe, las principales áreas donde se han encontrado indicios o hechos que pudieran indicar que la **información financiera semestral del ejercicio 2017** no refleja la imagen fiel de la situación patrimonial y los resultados de la Entidad serían:

- \* Préstamos y partidas a cobrar y, en especial, el registro de las provisiones o correcciones por deterioro de valor.
- \* Activos no corrientes y grupos enajenables de elementos clasificados como activos mantenidos para la venta.
- \* Activos por impuestos diferidos relacionados con la activación de bases imponibles negativas".

Finalmente, en la página 25, conclusiones, se indica: " ...Como se ha justificado suficientemente en el apartado III de este informe, esta DGM considera que estos ajustes desde el punto de vista cuantitativo son materiales 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.

De manera adicional, existen otros factores cualitativos que vienen a reforzar la conclusión sobre la gravedad, el impacto o la relevancia de los anteriores ajustes contables, De acuerdo con las informaciones suministradas por la propia Entidad a la CNMV con fecha 11 de octubre, al menos para el ajuste por insuficiencia en determinadas provisiones constituidas, se confirmaría la intencionalidad de determinados altos directivos de la Entidad en incurrir en los referidos errores.

(...)



*Estas circunstancias, a nuestro juicio, deberían suponer la apertura de un expediente sancionador a la Entidad y sus órganos de administración y alta dirección por haber suministrado a la CNMV información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omite aspectos o datos relevantes ( art. 282 y 271 del TRLMV)".*

Además no es sólo que la información que se facilitó a los inversores que quisieran concurrir a la ampliación de capital no reflejara la imagen fiel de la situación financiero patrimonial de la entidad sino que además se ha apreciado la posible existencia de delito derivado de la ampliación de capital del año 2016. En este sentido, al que también se hace referencia, en el informe razonado, el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional tramita las Diligencias Previas nº 42/2017 a fin de investigar la posible comisión de delitos de falsedad societaria, administración desleal, contra el mercado, falsedad documental y apropiación indebida, en la ampliación de capital de 2016. Consta en las actuaciones diversa documentación remitida por el Juzgado Central de Instrucción nº 4, o aportada por las partes, si bien, dado lo argumentado a lo largo del presente fundamento de derecho se hace innecesario un análisis de la misma, habida cuenta además que el procedimiento se encuentra en fase de instrucción es decir, no existe sentencia firme que permita considerar acreditados en la jurisdicción civil determinados hechos probados en la penal.

En base a todo ello se considera que el consentimiento de la entidad CERQUIA al concurrir a la ampliación de capital del año 2016 se vicio por dolo, o cuanto menos por error excusable, o error provocado por la propia entidad demandada, razón por la cual procede estimar la acción de anulabilidad que con carácter subsidiario se ejercita por la mercantil demandante. *En consecuencia, se acuerda la nulidad de las órdenes de compra de 3.002.090 acciones de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en mayo de 2016. Todo ello con restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dicha operación y junto con los intereses legales devengados.*

No procede en este momento declarar la nulidad del contrato de préstamo NUM002 que la entidad CERCUPENTA suscribió con BANCO POPULAR el 21 de junio de 2016, ya que la posible nulidad del mismo no es consecuencia directa de la nulidad de las órdenes de compra, sino que debe ser nulo por sí mismo. Además, esa pretensión la debe ejercitar la titular del contrato, CERCUPENTA INTERNATINAL y de hecho la ejercita al considerar que existe una simulación relativa por persona interpuesta, por lo que sus pretensiones tienen que ser examinadas de forma individual y bajo parámetros distintos que los que han regido en relación con CERQUIA.

**NOVENO.-** Procede ahora analizar dos hechos controvertidos que se encuentran íntimamente relacionados: la existencia de simulación contractual en los contratos firmados por CERCUPENTA y BANCO POPULAR en los años 2012 y 2016 y quien tomó la iniciativa en la estructura de financiación de ambas ampliaciones de capital.

En su escrito de demanda, tanto respecto de la ampliación de capital del año 2012 como de la del año 2016, la parte actora manifiesta que " *BANCO POPULAR IDEÓ UNA ESTRUCTURA DE FINANCIACIÓN A TRAVÉS DE PERSONA INTERPUESTA, PARA QUE CERQUIA GESTIÓN PUEDIAR CONCURRIR A LA AMPLIACIÓN DE BANCO POPULAR*", si bien, la prueba y la forma en la que han sucedido los hechos acreditan, por lo menos a criterio de esta Juzgadora, que esa estructura no fue ideada por Banco Popular, sino que fueron las actoras las que lo hicieron así por un motivo fundamental, que CERQUIA no se viera diluida su participación en el capital social de BANCO POPULAR y como ella no podía obtener el préstamo por su situación de desbalance quien obtuvo ese dinero fue su único socio CERCUPENTA, que además tiene entre las actividades de su objeto social ayudar económicamente a las empresas del grupo. Procede ahora explicar el resumen que he indicado.

Como ya se ha indicado a lo largo de la presente resolución CERCUPENTA es el único titular y por tanto socio único de las acciones de CERQUIA y junto con esta y otras muchas entidades forman lo que se denomina GRUPO CERQUIA. Pues bien, según el documento nº 9 de la demanda entre las actividades que constituyen el objeto social de CERCUPENTA se encuentra: " *d) Facilitar asesoramiento y prestar servicios a empresas y compañía con las que forme grupo, y a terceras partes; e) Ofrecer garantías, comprometer a la compañía y pignorar sus activos en garantía de obligaciones correspondientes a compañías y empresas con las que forme grupo y en nombre de terceras partes*", es decir, que dentro de su objeto social se encuentra el dar financiación a las empresas del grupo.

Dicha financiación no se produce por primera vez en las ampliaciones de capital, sino que ya en el año 2007 para financiar una inversión por 80.000.000€ (contrato financiero atípico, cartera de fondos de inversión y cartera de valores) CERQUIA constituye dos pólizas de crédito, una de ella por 50.000.000€ garantizada por un aval bancario a primer requerimiento de ese mismo importe y con fecha de vencimiento de 2 de enero de 2009, aval bancario adjuntado como documento nº 14 de la demanda en el que el BENFICIARIO es CERCUPENTA o sus sucesores o cesionarios y la persona física designada como beneficiario es el Sr. Jose Enrique , debiendo



recordar en este momento que el Sr. Jose Enrique es administrador solidario de CERQUIA pero también es socio fundador de CERCUPENTA. Es decir, que la póliza de 50.000.000€ se garantiza con un aval a primer requerimiento de la entidad CERCUPENTA.

Además, debe recordarse que en el año 2007 a través del contrato de intermediación, depósito y administración de valores, CERQUIA adquirió 600.000 acciones de BANCO POPULAR. CERQUIA ostentaba un 0,19% del capital social de BANCO POPULAR antes de la ampliación del año 2012 y casi un 0,15% antes de la del 2016, datos contenidos en el escrito de contestación a la demanda que no han sido negados por la parte actora, lo que acredita junto con lo que veremos a continuación que CERQUIA quería concurrir a las ampliaciones de capital para evitar el efecto dilución y no porque la entidad bancaria le obligara a concurrir bajo la negativa, en caso contrario, de no renovar su póliza.

Los testigos que depusieron en el acto de la vista hablaron del efecto dilución (la bajada de precio que sufren las acciones de una empresa derivado de una ampliación de capital) como el efecto que quería evitar CERQUIA al concurrir a las ampliación de capital. De ese efecto habló el Sr. Braulio , director financiero de CERQUIA. Por su parte, Don Benedicto , empleado de Popular Banca Privada hasta junio de 2015 afirmó que el motivo de CERQUIA para concurrir a la ampliación de capital era no verse diluida. En el mismo sentido, Don Inocencio , empleado de Banca Privada hasta 2005 manifestó que si se quiere mantener una posición estable hay que acudir a las ampliaciones de capital.

Por otra parte, y tal y como acredita el documento nº 42 de la demanda, ya analizado en el fundamento de derecho correspondiente a la existencia de asesoramiento, el Sr. Benedicto el 13 de noviembre de 2012, explica al Sr. Herminio los porcentajes de incremento o dilución en el capital social. Ese documento acredita que uno de los administradores solidarios de CERQUIA tenía especial interés en el efecto dilución.

Además, si bien respecto de la voluntad de CERQUIA para concurrir a la ampliación de capital para evitar el efecto dilución sí que hay prueba, ya ha sido analizada, no hay ninguna prueba de la obligación impuesta por la entidad demandada de que tuviera que concurrir a esas ampliaciones, salvo lo manifestado por el Sr. Herminio en el acto del juicio relativo a que les obligaron. Una cosa es que el banco estuviera interesado que los accionistas con derecho de suscripción preferente concurriera a la ampliación de capital y otra distinta que les obligara. Además, llama la atención que la obligación de la concurrencia era bajo el chantaje de no renovar las pólizas, si bien el Sr. Herminio manifestó que él también había concurrido a la ampliación a título personal, por lo que si "su empresa" concurre obligada por la entidad bancaria ¿cuál es la obligación impuesta por el banco en virtud de la cual concurrió él? Lógicamente ninguna.

Por otra parte, existe prueba, aportada por la propia entidad demandada que acredita que la renovación de la póliza de 30.000.000€ no estaba vinculada a las ampliaciones de capital, además el propio Sr. Herminio en el acto del juicio manifestó que esa póliza nada tiene que ver con las ampliaciones de capital. Así como documento nº 23 de la demanda se aporta la primera renovación de la póliza de 30.000.000€ en fecha 23 de marzo de 2009; como documento nº 24 la segunda renovación de dicha póliza en fecha 7 de febrero de 2012; como documento nº 25 la tercera renovación de la póliza en fecha 26 de marzo de 2013; como documento nº 26 la cuarta renovación de la póliza en fecha 24 de julio de 2014 y como documento nº 27 la quinta renovación de la póliza en fecha 21 de junio de 2016. Es decir, ha habido 5 renovaciones de la póliza y como es lógico, en cada una de ellas se han exigido mayores nuevas garantías, y sólo dos ampliaciones de capital, si concurrir a la ampliación de capital era un requisito sine qua non para renovar la póliza sólo tendría que haber habido dos renovaciones con fechas próximas a las ampliaciones de capital.

Igualmente, como documento nº 60 de la contestación a la demanda se aportan correos electrónicos enviados por el Sr. Braulio en abril de 2017 y mayo de 2016 sobre la renovación de las pólizas.

Por otro lado, la póliza de préstamo de 50.000.000€ fue cancelada al vencimiento del aval bancario el 2 de enero de 2009, razón por la cual ninguna renovación hubo de la misma.

Indica la parte demandada en su contestación, hecho no negado, que también la parte actora tenía una póliza por 6.500.000€ desde el año 2009 que se ha ido renovando de forma sucesiva.

Pero es qué además, existe un dato fundamental para considera acreditado que CERQUIA concurrió a las ampliaciones de capital por su propia voluntad y no por obligación impuesta por el banco y es que según se indica en la página 21 de la demanda, respecto de la ampliación de capital del año 2012, de las 11.820.096 acciones que adquirió 303.402 las adquirió desde una de sus cuentas en el BANCO SANTANDER. Es decir, que adquirió acciones no solo a través de las cuentas de PBP asociadas a sus cuentas patrimoniales, sino también a través de una de las cuentas que tenía en otro banco. Este hecho debe considerarse como no controvertido ya que es reconocido por la parte actora en su propio escrito de demanda.





Pues bien, se ha considerado acreditado que era voluntad de CERQUIA concurrir a la ampliación de capital para evitar el efecto dilución, si bien como no podía concurrir por ella misma, ya que su mala situación económica no se lo permitía, decide pedirle financiación a su socio único CERCUPENTA, que además tiene como actividades dentro de su objeto social prestar financiación a las sociedades del grupo. En la propia demanda, página 18, se indica: " *tras el fiasco que supuso la inversión en el CFA, el desequilibrio financiero de CERQUIA GESTIÓN hacía que no dispusiera de dinero, ni posibilidades de obtener financiación*".

Ante la imposibilidad de obtener ella la financiación y su deseo de concurrir a las ampliaciones de capital CERQUIA fue financiada a través de CERCUPENTA como ya había ocurrido con el aval a primer requerimiento de 50.000.000€. CERCUPENTA no disponía de fondos propios para entregar a CERQUIA razón por la cual el 21 de noviembre de 2012 suscribe con BANCO POPULAR la póliza de préstamo nº NUM000 por importe de 5.000.000€ y con vencimiento el 21 de noviembre de 2015, documento nº 44 de la demanda, póliza que fue renovada el 9 de diciembre de 2015, por importe de 4.900.000€, documento nº 47 de la demanda. Además tal y como acredita el documento nº 45 de la demanda, también el 21 de noviembre de 2012 se suscribió una cláusula adicional de pignoración de valores en virtud de la cual el préstamo quedaba garantizado mediante la prenda sobre 90.000 participaciones de CERCUPENTA.

CERCUPENTA no transfirió la totalidad del dinero a CERQUIA sino 4.767.522€, documento 46 de la demanda. ¿En qué invirtió el resto del dinero 232.478€?, pues lógicamente en lo que considerara necesario. Por tanto, no la totalidad de los 5.000.000€ fueron a para a CERQUIA.

Por otro lado, si se suman los importes que según la página 21 de la demanda, CERQUIA pagó para obtener acciones en la ampliación de capital del año 2012 da un total de 4.618,194,3€, no se ha contado el importe que se pagó desde la entidad BANCO SANTADER, por lo que tampoco invirtió la totalidad de la financiación que le dio CERCUPENTA en la adquisición de acciones de la ampliación de capital.

En la ampliación de capital del año 2016, la situación fue similar, CERQUIA no podía obtener más financiación ya que, según acreditan los documentos 58 y 60 de la demanda, el 21 de junio de 2016 firmó con la entidad BANCO POPULAR dos nuevas pólizas de crédito, una por 25.000.000€ y la otra por 6.500.000€ con fecha de vencimiento el 21 de junio de 2020. La parte actora habla de renovación de las pólizas, pero examinados los documentos nº 58 y 69, s.e.u.o de esta Juzgadora no son renovaciones sino pólizas de contrato de cuenta de crédito, si bien es posible que la de 6.500.000€ sea una renovación ya que la parte demandada reconoce en su escrito de contestación a la demanda que una póliza por el mismo importe había sido renovada varias veces, y solicitó la financiación a CERCUPENTA quien al no disponer de fondos propios suscribió con el BANCO POPULAR una póliza de préstamo de 5.000.000€ con nº NUM002 y vencimiento de 21 de junio de 2020 y garantía prendaria de segundo rango sobre las mismas 90.000 participaciones de CERCUPENTA que estaban pignoradas para garantizar el primero préstamo.

Esta vez pasa lo mismo que con la ampliación de capital del año 2012, el préstamo a CERCUPENTA es por 5.000.000€ y sólo transfiere a CERQUIA 4.052.000€ y CERQUIA sólo invierte en la adquisición de acciones de la ampliación de capital 3.752.970,78€.

Esta Juzgadora no duda que la obtención de los préstamo de CERCUPENTA fueran para que CERQUIA pudiera concurrir a las ampliaciones de capital, pero no por el hecho de que BANCO POPULAR obligara a que CERCUPENTA actuara como pantalla o persona interpuesta, sino porque CERQUIA no podía obtener por sí misma esa financiación y se la pide al sociedad inversora del GRUPO, a aquella que según su objeto social puede ayudar financieramente el resto de sociedades. Es decir, es una decisión empresarial adoptada por las actora debido al deseo de CERQUIA de evitar el efecto dilución, no a una obligación impuesta por la entidad BANCO POPULAR.

Además, tal y como indicaron los testigos en el acto del juicio, Don Benedicto , Don Camilo , BANCO POPULAR puede prestar fondos a sus clientes para concurrir a la ampliación de capital, por lo que no hubiera sido necesario que ideara la estructura de la persona interpuesta, ya que como la financiación era para concurrir a la ampliación de capital, pues podría haberla concedido a CERQUIA, pero fueron las entidades del GRUPO las que decidieron hacerlo de esta forma.

En consecuencia, respecto de todas las acciones interesadas por CERCUPENTA INTERNACIONAL B.V no se pueda estimar ninguna de ellas.

En primer lugar, como ya se ha indicado, el prestatario real es CERCUPENTA no CERQUIA y obtiene los préstamos para con parte de ellos como se ha visto, no su totalidad, otorgar financiación a una empresa del GRUPO ya que esa financiación forma parte de su objeto social. Además, se pide que se declare que el prestatario real es CERQUIA cuando no la totalidad de los 5.000.000€ de cada uno de los préstamo es entregado a dicha entidad.



En segundo lugar, tampoco se considera admisible la pretensión subsidiaria de declarar la nulidad por infracción de normas imperativas, por dolo o por error en el consentimiento al considerar que tales contratos de préstamos tienen carácter coligado o conexo a las suscripciones de ampliación de capital.

Respecto de la nulidad por infracción de normas imperativas me reitero en lo ya indicado en el fundamento de derecho correspondiente respecto a la acción principal ejercitada por CERQUIA, a la imposibilidad de declarar la nulidad de un contrato por incumplimiento de la normativa de la Ley del Mercado de Valores, sin perjuicio de que ese incumplimiento pudiera implicar la presunción de la existencia de un error en el consentimiento.

En cuanto a la nulidad relativa por dolo o error en el consentimiento al considerar que tales contratos de préstamos tienen carácter coligado o conexo a las suscripciones de ampliación de capital, no considero que los contratos sean conexos a las suscripciones de ampliación de capital de 2012 y 2016. Como ya se ha indicado en varias ocasiones el destino total de los préstamos no fue su transferencia a CERQUIA para que concurriera a la ampliación de capital, en el caso de la ampliación del año 2.016 casi 1.000.000€ no fue entregado a CERQUIA. Pero es que además, reitero que CERCUPENTA con ese dinero no hace otra cosa que cumplir con su objeto social que es prestar ayuda financiera a una de las entidades del grupo, habiendo podido cumplir cualquier otra actividad dentro de su objeto social.

En tercer y último lugar, la acción más subsidiaria relativa al negligente asesoramiento en materia de inversión y contratación de préstamos conexos, me voy a remitir a lo ya analizado en el fundamento de derecho correspondiente relativo a la existencia de asesoramiento y como consideré acreditado que no ha existido un asesoramiento como tal de las entidades demandadas a las actoras, pues no puede prosperar la acción relativa al negligente asesoramiento.

En consecuencia, en virtud de lo analizado a lo largo de este fundamento de derecho no procede la estimación de ninguna de la pretensiones deducidas por la entidad CERCUPENTA INTERNACIONAL B.V.

**DÉCIMO.-** Para finalizar la presente resolución es necesario analizar la concurrencia de las acciones subsidiarias 4, 5 y 6 ejercitadas por CERQUIA respecto de la ampliación de capital del año 2012.

Como ya se ha indicado en esta resolución no es posible la acción de nulidad radical por infracción de normas imperativas y la acción de anulabilidad por dolo y/o error vicio se ha considerado caducada, pero la parte actora ejercita otras.

En relación con la acción para que se declare el **negligente asesoramiento en materia de inversión** hay que recordar que en esta resolución existe un fundamento de derecho al respecto, relativa a si la parte demandada prestó asesoramiento a la parte actora, habiendo concluido esta Juzgadora y dando por reproducidos los argumentos de dicho fundamento de derecho, que no existió asesoramiento y sino no existió asesoramiento el mismo nunca puede ser negligente, razón por la cual esa pretensión subsidiaria también tiene que ser desestimada.

Respecto de la acción más subsidiaria 6, ejercita acción para que se declare que el **folleto informativo correspondiente a la ampliación de capital del año 2012 contenía información falsa y/o omisiones de datos relevantes** y que se declare como responsable a la entidad emisora, BANCO POPULAR. Pues bien, el hecho de que los datos reflejados en el folleto informativo no reflejaran la imagen fiel del patrimonio financiero de la entidad BANCO POPULAR se ha considerado, respecto de la ampliación de 2016, como constitutiva de la acción de nulidad de dolo y/o error vicio, error provocado como se indica en el fundamento de derecho correspondiente. Esto quiere decir, que si no se hubiera considerado caducada esa acción de nulidad relativa respecto de la ampliación de capital del año 2012, los argumentos esgrimidos en este petición más subsidiaria 6, hubiera sido los analizados al tratar de esa acción de nulidad relativa.

Aún en el caso de considerar que a través de esta acción más subsidiaria la parte actora está ejercitando la acción prevista en el artículo 38 de la LMV la misma estaría prescrita, se alega por la parte demandada en su contestación a la demanda, en virtud del artículo 38.3 del mismo texto legal.

Así el artículo 38 de la Ley del Mercado de Valores establece: " **1. La responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores.**

*Asimismo, serán responsables los siguientes sujetos:*

- \* **a) El garante de los valores en relación con la información que ha de elaborar.**
- \* **b) La entidad directora respecto de las labores de comprobación que realice.**
- \* **c) Aquellas otras personas que acepten asumir responsabilidad por el folleto, siempre que así conste en dicho documento y aquellas otras no incluidas entre las anteriores que hayan autorizado el contenido del folleto.**



*Reglamentariamente se establecerán las condiciones que rigen la responsabilidad de las personas mencionadas en este apartado.*

*2. Las personas responsables de la información que figura en el folleto estarán claramente identificadas en el folleto con su nombre y cargo en el caso de personas físicas o, en el caso de personas jurídicas, con su denominación y domicilio social. Asimismo, deberán declarar que, a su entender, los datos del folleto son conformes a la realidad y no se omite en él ningún hecho que por su naturaleza pudiera alterar su alcance.*

*3. De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante.*

*La acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de la falsedad o de las omisiones en relación al contenido del folleto.*

*4. No se podrá exigir ninguna responsabilidad a las personas mencionadas en los apartados anteriores sobre la base del resumen o sobre su traducción, a menos que sea engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leído junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores.*

La acción prescribe a los tres años, la de anulabilidad caduca a los 4 años, y tratándose de una ampliación de capital al que la entidad CERQUIA concurrió a finales de noviembre de 2012 la acción habría prescrito a finales de noviembre de 2015, dando por reproducido en este caso lo que ya se indicó respecto de la caducidad de la acción de nulidad en el fundamento de derecho correspondiente.

Si se da por reproducido lo ya analizado, sería a lo largo del año 2013 cuando la entidad CERQUIA habría obtenido conocimiento de la falsedad o de las omisiones en el folleto informativo, ya que se suspendió el reparto de dividendo, y se realizó el contrasplit de las acciones, como consecuencia de la baja cotización de las mismas. Por tanto, si el conocimiento cabal se produce a lo largo del 2013, la acción amparada en el artículo 38 de la LMV habría prescrito en el año 2016 y la demanda no se interpone hasta diciembre de 2017.

**DÉCIMO PRIMERO.-** La última acción subsidiaria que debe ser analizada , si bien también rechazada, es la que se ejercita al amparo de los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil , basándose en el incumplimiento contractual por parte de las entidades demandadas de sus obligaciones en materia de inversión.

Se vuelve a recordar que la ampliación de capital del año 2012, al igual que la de 2016, no se hace en virtud de un contrato de asesoramiento sino en virtud de un contrato de intermediación, depósito y administración de valores, por lo que las demandadas tienen la obligación de entregar toda la información precontractual, pero es el inversor quien, en última instancia, decide acometer o no la operación.

Tal y como ya se ha indicado, los testigos que depusieron en el acto del juicio manifestaron que la información que recibió CERQUIA de la ampliación de capital de 2012 era la misma que recibían los demás accionistas con derecho de suscripción preferente. En este sentido el Sr. Jose Enrique manifestó que la información que recibieron era la de los folletos que estaba publicada.

Como documento nº 47 de la contestación a la demanda se aportan las ordenes de valores, y el tríptico sobre la ampliación de capital del año 2012, que aparece firmado en todas sus hojas por el Sr. Jose Enrique . En ese tríptico se contiene la información relativa a las características y riesgos de la emisión del aumento de capital. En concreto se indicaba que los posibles riesgos eran: el impacto de las principales medidas del sistema financiero, el riesgo de crédito, el inmobiliario, el de riesgo por la operativa sobre acciones propias, el del tipo de interés, el de liquidez, el reputacional y el riesgo del país.

Además como documento nº 50 de la contestación a la demanda se aporta el folleto informativo.

No debe olvidarse que CERQUIA era accionista de la entidad desde el año 2007, y como tal tenía derecho de suscripción preferente y la información le llegaba a través de la Oficina del Accionista tal y como acreditan los documentos 37, 38, 39 y 40 de la demanda. Tales documento acreditan que, además de la información contractual analizada anteriormente, la entidad CERQUIA recibía otro tipo de información puntual sobre la ampliación de capital, como por ejemplo la información trimestral sobre los resultados del 3er trimestre del año 201, nota de prensa sobre las manifestaciones del Banco de España en relación con el Banco Popular etc.

En el acto del juicio el testigo Sr. Braulio , director financiero de CERQUIA, manifestó que se celebró una reunión para explicarles la ampliación de capital del año 2012 y que en esa reunión estuvo el Sr. Genaro . Igualmente manifestó que las dos ampliaciones de capital fueron exactamente iguales y tuvieron la misma información. También manifestó que los riesgos y advertencias estaban explicados pero que el banco dijo que



no se preocupasen. Reconoció que CERQUIA acudía a las juntas de accionistas (razón por la cual, considero acreditado, tenía conocimiento de primera mano de lo que estaba pasando).

Por su parte, Don Benedicto manifestó que la información que recibió para dar a CERQUIA por parte del banco fue la misma que la que ya estaba publicada.

Don Camilo manifestó que estuvo en la primera ampliación de capital, en la segunda no. Que no se hizo ninguna campaña agresiva, que CERQUIA como accionista tenía derecho a recibir información.

Finalmente, Don Inocencio, empleado de Banca Privada manifestó que todos los clientes del banco tenían que ser informados de la ampliación de capital.

Por tanto, la entidad demandada no incumplió sus obligaciones contractuales ya que entregó a la entidad demandante toda la información precontractual y contractual necesaria tanto de forma escrita, tal y como acreditan los documentos 47 y 50 de la contestación a la demanda, como de forma verbal en la reunión que realizó, reunión reconocida por el Sr. Braulio.

En base a dicha información y teniendo en cuenta que CERQUIA ha sido clasificada como cliente profesional tenía capacidad suficiente para entender la operación de ampliación de capital a la que iba a concurrir, además quería concurrir a la misma para evitar el efecto dilución (como ya se ha analizado al examinar las acciones ejercitadas por CERCUPENTA).

Finalmente y a título meramente indicativo, es necesario dejar constancia que por el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid se ha dictado sentencia desestimando la pretensión de la hoy parte actora de declarar la nulidad del Contrato Financiero Atípico (CFA). Si bien la pretensión ejercitada es distinta, sí que considero oportuno reflejar que dicho Juzgado, si bien su sentencia no es firme, como tampoco lo es la presente resolución, considera acreditado el hecho de que por la parte actora se recibió información contractual y precontractual suficiente. En este sentido indica: "*Por lo expuesto ha de concluirse que el actor tenía capacidad suficiente para entender el producto que contrataba y la estrategia de inversión realizada por las demandadas, que recibió la oportuna información precontractual y contractual sobre las características y riesgos del producto y que este no ha acreditado, como le incumbe, art. 217 de la LEC, el incumplimiento por parte de las entidades de inversión de las obligaciones asumidas en virtud del contrato, lo que determina la desestimación de la demanda*".

Por todo ello, debe desestimarse la acción más subsidiaria basada en los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil, incumplimiento contractual, ejercitada por la entidad CERQUIA contra la parte demandada.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- En materia de costas, habida cuenta la estimación parcial de la demanda, ya que sólo se ha aceptado una de las pretensiones subsidiarias ejercitadas por CERQUIA respecto de la ampliación de capital del año 2016, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una de ellas las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiera, por mitad.

Vistos los preceptos legales y demás concordantes y de general aplicación.

## FALLO

Que **estimando parcialmente** la demanda interpuesta por la representación procesal de la entidad CERQUIA GESTIÓN S.L.U y CERCUPENTA INTERNATIONAL B.V contra las mercantiles POPULAR BANCA PRIVADA y BANCO POPULAR ESPAÑOL (en la actualidad BANCO SANTANDER) **debo acordar y acuerdo** la nulidad por dolo y/o error en el consentimiento de las órdenes de compra de 3.002.090 acciones de BANCO POPULAR que fueron suscritas por CERQUIA con ocasión de la ampliación de capital con derechos de suscripción preferente que la entidad realizó en mayo de 2016 y en consecuencia **debo acordar y acuerdo** la restitución recíproca de las prestaciones recibidas por cada una de las partes intervinientes en dicha operación y junto con los intereses legales devengados. A partir de la presente resolución serán de aplicación los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC.

Todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente a su notificación, que deberá presentarse ante este Juzgado, y en la forma prevista por los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para recurrir en apelación la presente resolución deberá efectuarse el depósito previsto en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre, en la forma y plazo en ella establecidos.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.