

laffer

A B O G A D O S

Newsletter nº 4/2018

11 de mayo de 2018

BANCO POPULAR II: PRIMERA SENTENCIA FAVORABLE PARA LOS AFECTADOS POR LA COMPRA DE ACCIONES

El pasado 23 de marzo de 2018, el Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Oviedo dictó la primera sentencia en España en declarar la anulación de la suscripción de acciones del Banco Popular, en el marco de la ampliación de capital llevada a cabo en junio de 2016.

La incertidumbre generada para los inversores minoristas como consecuencia de la pérdida total de valor de las acciones del Banco Popular, tras la adquisición de esta entidad por el Banco Santander el pasado 7 de junio de 2017¹, y que supuso la pérdida del capital invertido por accionistas e inversores, puede empezar a esclarecerse con el primer pronunciamiento que aborda la cuestión.

Se trata de la Sentencia núm. 71/2018 de 23 de marzo, en la que este Juzgado ha anulado la compra de un total de 5.000 acciones, realizada entre junio y noviembre del año 2016, por importe total de 5.455,65 Euros, condenando a la entidad demandada a restituir al inversor la referida cantidad, junto a los intereses correspondientes desde la fecha de cada compra. Por su parte, el demandante deberá entregar los títulos recibidos y abonar el importe de los rendimientos obtenidos en su caso, más el interés legal devengado.

Pero además de este pronunciamiento, se declara la nulidad de un contrato de suscripción de obligaciones subordinadas del mismo Banco, fundado en la concurrencia de error esencial y excusable en la prestación del consentimiento.

1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En la demanda presentada contra el Banco Popular por un inversor minorista, se interesan dos acciones distintas, cuales son, por un lado, la anulación de un contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de Banco Popular, cuya orden de compra fue suscrita el 19 de julio de 2011 y ejecutada el día 29 de ese mismo mes, ejercitando subsidiariamente una acción de incumplimiento contractual por parte del Banco de los deberes de información en la comercialización del producto; y por otro lado, y como cuestión más destacada, la anulación de la compra de 5.000 acciones, y subsidiariamente la condena a la entidad bancaria a indemnizar al actor por la pérdida patrimonial sufrida en el referido importe, junto a los correspondientes intereses legales.

¹ cuestión que abordamos hace ya algunos meses en nuestra newsletter
http://www.lafferabogados.com/newsletter/2017.06_Banco_Popular_y_ahora_que.pdf

laffer

A B O G A D O S

2. NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRA DE OBLIGACIONES SUBORDINADAS

En primer lugar, y contrariamente a lo argumentado por la representación del Banco Popular, el Magistrado, con remisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de Pleno núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, entiende que el cómputo del plazo de 4 años para el ejercicio de la acción que persigue la anulación de un contrato bancario o de inversión, como consecuencia de vicio en el consentimiento, en aplicación del artículo 1301 del Código Civil, se iniciará cuando concurra aquel evento “[...] que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.” Por lo que en el caso de autos, teniendo en consideración la conversión de las obligaciones en acciones en junio de 2017, la acción no se encuentra en modo alguno prescrita o caducada.

Por otro lado, pone de manifiesto la Sentencia que las obligaciones subordinadas son consideradas normativamente como producto financiero complejo. Esta complejidad provoca una “*asimetría informativa en su contratación*”, de forma que se hace necesario informar suficientemente al inversor minorista para una correcta comprensión del producto financiero en cuestión y una cabal valoración a la hora de decidir si adquiere el mismo o no. Por ello, la normativa vigente establece unas exigencias de información adecuada a favor del cliente/inversor (actual artículo 208 y siguientes 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 - “LMV”-, y art. 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión).

En concreto, estos deberes de información se traducen en la obligación de la entidad bancaria de proporcionar al cliente una descripción general de la naturaleza de los instrumentos financieros, así como de los riesgos inherentes a los mismos y de recabar, además, una serie de información sobre los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente (“análisis de idoneidad”), así como de analizar sus objetivos de inversión (“análisis de conveniencia”). En palabras del Tribunal Supremo (sentencia de pleno de 20 de enero de 2014): “*Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.*” Señala asimismo que este test de idoneidad permite a la entidad bancaria recomendar al cliente los servicios o instrumentos financieros que más se adecúen a sus expectativas de inversión y aquéllos que más le convengan según su complejidad.

En el caso enjuiciado por la sentencia que nos ocupa, la falta de acreditación por parte del Banco Popular de haber ofrecido al cliente la información oportuna y suficiente con carácter previo a la contratación del producto financiero para analizar la conveniencia del mismo, permite concluir que “*el banco incumplió sus deberes de asesoramiento, información y demás mecanismos legales de protección del cliente de forma abrumadora*”.

laffer

A B O G A D O S

Se concluye así que la prestación del consentimiento estuvo viciada por un error esencial y excusable, lo que comporta la devolución recíproca de las prestaciones recibidas junto al interés legal desde su entrega, conforme a lo establecido en el art. 1303 del Código Civil.

3. ANULACIÓN DE LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES

La pretensión más significativa enjuiciada por la sentencia, especialmente por lo novedoso del pronunciamiento, es la relativa a la anulación de la compra de 5.000 acciones del Banco Popular, por importe total de 5.455,65 Euros.

A finales del mes de mayo de 2016, el Banco Popular anunció una ampliación de capital por importe de 2.500M de Euros que prometía reforzar la rentabilidad del negocio principal del Banco, reducir el impacto negativo que supuso la evolución del negocio inmobiliario y aumentar la capacidad del Banco de generar capital a futuro.

Las nuevas acciones le fueron ofrecidas al cliente demandante bajo grandes expectativas de revalorización y pago de dividendos. No obstante, lejos de alcanzar tales objetivos, el Banco fue intervenido el 7 de junio de 2017 como consecuencia de la situación de insolvencia e iliquidez, lo que trajo consigo que finalmente fuera adquirido por el Banco Santander al precio de 1 Euro, con la consiguiente pérdida de valor y amortización de las acciones.

Fundamentalmente, la argumentación empleada por la representación procesal del demandante gira en torno al error provocado en el cliente inversor, dado que los datos y la información financiera publicada para la ampliación de capital fueron engañosos y se encontraban alterados, y como consecuencia de los cuales se efectuó la compra de acciones.

- **La regulación contenida en la Ley del Mercado de valor no impide el ejercicio de la acción: la fundamentación del Caso Bankia**

El primer argumento esgrimido por el Banco en su defensa pasa por tratar de justificar que no puede acordarse la anulación de la compra de las acciones ya que, conforme a la regulación contenida en la Ley del Mercado de Valores (artículo 38), en el que hace responsables de la información contenida en el folleto a los emisores u oferentes, por todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de la falsedad u omisión en la información facilitada, únicamente podría solicitarse la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Esta cuestión ya fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo en el caso de la oferta pública de acciones de la entidad Bankia, en sus sentencias de 91/2016 y 92/2 de 3 de febrero de 2016, en las que resolvió en sentido contrario al pretendido por la entidad ahora demandada y a las cuales se remite el Magistrado para rechazar el argumento del Banco Popular.

laffer

A B O G A D O S

El Tribunal Supremo puso de manifiesto en dichas sentencias que “*ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 y 1303 del Código Civil) cuando, [...] dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento.*” Y todo ello conforme a la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, según la cual las normas sobre responsabilidad por el folleto y por hechos relevantes “*son lex specialis respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.*”

- **Manipulación de la información financiera**

Del informe pericial presentado puede apreciarse que los datos contables y la información financiera facilitada para la ampliación de capital de 2016 fue manipulada, mostrando una situación del Banco mucho más favorable a la reflejada en sus cuentas anuales.

En concreto, de dicho informe pericial se extraen importantes conclusiones como que la información ofrecía una imagen sesgada de la realidad al omitir el negocio inmobiliario, se observa la manipulación de un buen número de ratios empresariales y en definitiva, el falseamiento de cuentas. Aún más, en la presentación comercial de dicha ampliación, Banco Popular se muestra en un análisis comparativo, como el banco más rentable del mercado español, en cuanto a una serie de indicadores.

Una muestra más de la irrealidad de dichos datos fue la necesidad para el Banco Santander de realizar una ampliación de capital por importe de 7.000 millones de Euros con objeto de sanear activos tóxicos del balance tras la adquisición del Banco Popular, así como llevar a cabo otras medidas para reflotar la entidad, lo que arrojó una importante cifra de pérdidas como consecuencia de los saneamientos y ajustes previos a la integración en Banco Santander.

Apunta el informe pericial que la gran disparidad entre las cifras presentadas y los datos reales no pueden deberse a una mala gestión en los últimos meses del ejercicio 2016, sino al falseamiento de las Cuentas Anuales, que podría remontarse hasta el ejercicio 2012 (año en que tuvo lugar la absorción del Banco Pastor).

- **Inexactitud e incorrección del folleto**

Frente a los datos expuestos en el informe pericial ya reseñado, el Banco Popular no refutó los fundamentos acerca del falseamiento de la información publicada ni ha ofrecido unos datos alternativos que pudieran ser contrastados con las cifras que figuran en dicho informe.

De nuevo hace mención la sentencia a la necesidad de ofrecer “información suficiente” al público, con mención al artículo 27 LMV (actual artículo 37), que fija el contenido del folleto informativo, en relación con la Directiva 2003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, señalando que “*han de incluirse los riesgos del emisor, explicitados en los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y*

laffer

A B O G A D O S

pérdidas, así como las perspectivas del emisor; su finalidad es que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no [...].”

La conclusión alcanzada por la sentencia analizada es que dicho artículo 37 resulta de aplicación al supuesto enjuiciado, por lo que en su virtud, y atendiendo a que la Directiva 2003/71 no especificó el régimen de responsabilidad civil por tal vulneración, ello debe conducir a la anulación de los contratos celebrados por vicio del consentimiento, con la consecuente restitución de prestaciones, pues nada obsta a que el mismo pueda sustentar la referida acción de nulidad, por cuanto la alteración de la información financiera contenida en el folleto proporcionó una información inexacta sobre las perspectivas de evolución del Banco Popular.

- **Error esencial y excusable como consecuencia de la información falseada**

Por último, pone de manifiesto la Sentencia la importante diferencia entre la situación financiera pretendida por el Banco Popular en el folleto y aquella en la que realmente se encontraba, de suerte que tal información falseada, inexacta e irregular *“llevó al demandante a hacerse una representación equivocada de la rentabilidad de su inversión”*.

Afirma el Magistrado que declarar la anulación de la compra de acciones no supone en ningún caso trasladar el riesgo propio de la inversión en valores o el resultado negativo de dicha inversión al Banco, si no que la anulación trae su causa en que la entidad demandada ofreció en el folleto una imagen de solvencia que no era real, *“que conducía a una valoración errónea sobre su situación financiera, con vulneración de las normas sectoriales sobre el deber de información”*. Dicha información influyó directamente en la decisión del inversor, lo que califica la sentencia como *“un error esencial en tanto incide directamente en la causa de adquisición [...] y excusable, en tanto tiene su origen en esa información errónea, que el cliente potencial no podía evitar pues carecía de medios para conocer cuál era la situación contable que se ocultaba dada su condición de pequeño inversor, sin conocimientos financieros.”*

Concluye la Sentencia afirmando que la aprobación del folleto por la CNMV no es causa suficiente para estimar el argumento de la entidad demandada.

4. **CONCLUSIONES**

Esta Sentencia abre una nueva vía para los inversores minoristas, principalmente aquellos que acudieron a la ampliación de capital de 2016, pero puede que incluso para quienes acudieron a ampliaciones de capital anteriores siempre que hubiera sido empleada una información errónea o irreal, a efectos de poder reclamar la devolución de lo invertido y sus intereses legales, amparándose en el error del consentimiento.



laffer

A B O G A D O S

Se trata de una sentencia pionera con sólidos fundamentos jurídicos que indica que, casi con total seguridad, un gran número de clientes e inversores decida acudir ahora a la vía judicial para reclamar la pérdida de su inversión.

No obstante, habrá que esperar aún más para conocer el pronunciamiento del procedimiento penal seguido ante la Audiencia Nacional, que incluso parece haber admitido a trámite varias querellas de accionistas de Banco Popular que adquirieron sus acciones antes de la ampliación de capital de 2016.

* * * *

Esperamos que estos comentarios sean de utilidad y, como siempre, **LAFFER ABOGADOS** está a su disposición para cualquier aclaración o información adicional.

La información contenida en este documento es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico