



Roj: **SAP LE 1052/2019 - ECLI: ES:APLE:2019:1052**

Id Cendoj: **24089370022019100278**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **20/09/2019**

Nº de Recurso: **616/2018**

Nº de Resolución: **285/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO MUÑIZ DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00285/2019

Modelo: N30090

C., EL CID, 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 987233159 **Fax:** 987/232657

Correo electrónico:

Equipo/usuario: APS

N.I.G. 24115 41 1 2018 0000161

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000616 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de PONFERRADA

Procedimiento de origen: JVB JUICIO VERBAL 0000027 /2018

Recurrente: **BANCO POPULAR** ESPAÑOL SA, **BANCO POPULAR** ESPAÑOL S.A. , **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, SA

Procurador: MARIA DEL PILAR GONZALEZ RODRIGUEZ, , MARIA DEL PILAR GONZALEZ RODRIGUEZ

Abogado: ANTONIO MORALES PLAZA, ,

Recurrido: Remigio , Remigio , Remigio

Procurador: CAMILO ENRIQUEZ NAHARRO, CAMILO ENRIQUEZ NAHARRO ,

Abogado: RAFAEL VALLES URRIZA, ,

SENTENCIA NUM. 285/2019

ILMO SR:

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

En León, a veinte de septiembre de 2019.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de LEON, los Autos de JUICIO VERBAL 27/2018, procedentes del JDO.1A.INST. N.6 de PONFERRADA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 616/2018, en los que aparece como parte apelante, **BANCO POPULAR** ESPAÑOL SA, representada por la Procuradora Dª. María Del Pilar González Rodríguez, asistida por el Abogado D. Antonio Morales Plaza, y como parte apelada, D. Remigio , representado por el Procurador D. Camilo



Enriquez Naharro, asistido por el Abogado D. Rafael Valles Urriza, sobre nulidad de adquisición de acciones, siendo Magistrado Ponente - constituido como órgano unipersonal - el Ilmo. Sr. D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 11 de septiembre de 2018 , cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** Estimándose íntegramente la demanda presentada por Don Camilo Enríquez Naharro, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Don Remigio contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, debo condenar y condeno a la demandada, representada por Doña Pilar González Rodríguez, Procuradora de los Tribunales, en base al incumplimiento de sus obligaciones legales de información, a indemnizar al actor, por los daños y perjuicios sufridos, en la cantidad de 4.579,75 euros (CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO), más los intereses legales a contar desde las respectivas fechas de adquisición de cada paquete de accionarial, condenando igualmente a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas por el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia, se interpuso por la parte demandada recurso de apelación ante el Juzgado, y dado traslado a la contraparte, por ésta se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la celebración de vista, el pasado día 7 de mayo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes.

El actor, DON Remigio , formuló demanda de juicio verbal frente a la entidad "**BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**", ejercitando, con carácter principal, la **acción de nulidad (anulabilidad)** de los contratos de adquisición de acciones de **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** suscritos por el actor, por vicio del consentimiento, relativo al error y al dolo, en relación con las condiciones de solvencia de la entidad emisora y, subsidiariamente, la **acción de responsabilidad** de la demandada por incumplimiento de la normativa contenida en la Ley del Mercado de Valores, solicitando se declarara la nulidad de los contratos de adquisición de las acciones, con los efectos que le son propios, y se condenara a la demandada a la restitución del importe de 4.579,75 €. aportado por el actor más los intereses legales devengados desde la fecha de dichas adquisiciones , con expresa condena de todas las costas causadas en este procedimiento.

La sentencia de instancia, de fecha 11 de septiembre de 2018 , estima íntegramente la demanda y condena a **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** a indemnizar al actor, por los daños y perjuicios sufridos, en la cantidad de 4.579,75 euros (CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO), más los intereses legales a contar desde las respectivas fechas de adquisición de cada paquete accionarial, así como al pago de las costas procesales causadas.

Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por "**BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**" que interesa su revocación y se dicte nueva resolución que le absuelva de las pretensiones deducidas en su contra.

La parte actora se opone al recurso e interesa la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. - Acción de nulidad contractual por vicio del consentimiento.

Interesa la parte actora en su demanda la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de acciones siguientes

FECHA	Nº TITULOS	PRECIO	ACCIÓN	TOTAL
-------	------------	--------	--------	-------

01/08/2016	840	1,174	994,85	
------------	-----	-------	--------	--

19/09/2016	800	1,119	903,86	
------------	-----	-------	--------	--

13/10/2016	850	1,04	896,91	
------------	-----	------	--------	--

07/11/2016	900	0,95	865,46	
------------	-----	------	--------	--

17/05/2017	1.300	0,70	918,67	
------------	-------	------	--------	--

TOTAL	4.579,75			
--------------	-----------------	--	--	--

Se alegaba para fundar la solicitud de declaración de nulidad de los referidos contratos de suscripción de acciones que el consentimiento prestado por el actor estuvo viciado por un error excusable y por dolo en relación con las condiciones de solvencia de la entidad emisora.

En el caso que nos ocupa, la adquisición de acciones realizada por el demandante tuvo lugar en diversas fechas, y todas ellas con posterioridad al período de suscripción de las acciones emitidas por la apelada en la ampliación de capital llevada a cabo entre mayo y junio de 2016, concretamente en agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2016, y mayo de 2017, esta última, por 1300 títulos, y a través de una tercera entidad, lo que supone que acudió al mercado secundario y que, por tanto, no se estableció relación contractual alguna entre las partes de la que resultaran las obligaciones en cuyo incumplimiento fundamenta su pretensión de nulidad, que por ello no puede estimarse.

En efecto, las acciones fueron adquiridas en el mercado secundario y por intermediación de un tercero, que fue quien asumió frente al demandante la obligación de intermediar en la ejecución de las oportunas operaciones de inversión, sin que conste, pues nada se ha alegado sobre ello, que al ejecutar las ordenes de adquisición esta última entidad hubiera dejado de observar las normas de conducta a que venía obligada conforme a lo dispuesto en los artículos 78 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores .

Por consiguiente, "**BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**" carece de legitimación pasiva para soportar la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento ejercita por el actor pues ni intervino en la compraventa de acciones, ni asumió obligación de asesoramiento frente al actor, ni consta que hubiere efectuado al actor recomendación personalizada alguna para la compra de sus propias acciones. (En este sentido, y en relación a un supuesto de compra de unas acciones de Bankia, se pronuncia la reciente STS de 27 de junio de 2019).

TERCE RO. Acción de indemnización de daños y perjuicios.

La demanda articula de modo subsidiario a la anterior acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa contenida en la Ley del Mercado de Valores, concretamente, por falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto informativo relativo a la ampliación de capital mediante la emisión de nuevas acciones, del artículo 38 de la Ley de Mercado de Valores , por considerar que la imagen de la entidad ofrecida no se correspondía con la realidad, y que ello determinó su error en el consentimiento en el momento de proceder a la adquisición de acciones.

Por tanto, lo relevante es analizar la información ofrecida en el folleto informativo y determinar si en atención a los hechos realmente ocurridos, los datos obrantes en aquel folleto se correspondían con la efectiva situación real de la entidad bancaria, y en el supuesto de que así no fuese si de ello cabe concluir que se produjo error en el consentimiento del actor.

Dispone el *art. 34 de la ley del Mercado de Valores* que "1. El registro previo y la publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores será obligatorio para:

- a) La realización de una oferta pública de venta o suscripción de valores.
- b) La admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, reglamentariamente se establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas.

3. A las ofertas públicas de venta o suscripción de valores no exceptuadas de la obligación de publicar un folleto informativo se les aplicará toda la regulación relativa a la admisión a negociación de valores en mercados regulados contenida en este título, con las adaptaciones y excepciones que reglamentariamente se determinen. A estos efectos se tendrá en cuenta que a las ofertas públicas de venta o suscripción de valores podrá no aplicárseles el artículo 33.3".

Por su parte, el *art. 37 de la referida ley* prevé que "1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

Atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, la información del folleto deberá permitir a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.

Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.



2. El folleto deberá ser suscrito por persona con poder para obligar al emisor de los valores.
3. Excepto para admisiones a negociación de valores no participativos cuyo valor nominal unitario sea igual o superior a 100.000 euros, el folleto contendrá un resumen que, elaborado en un formato estandarizado, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores.
4. Se entenderá por información fundamental a la que se refiere el apartado anterior, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando.

Sin perjuicio de lo que reglamentariamente se determine, formarán parte de la información fundamental, como mínimo, los elementos siguientes:

- a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera.
- b) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con la inversión en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores.
- c) Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente.
- d) Información sobre la admisión a cotización.
- e) Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

5. Asimismo, en el resumen al que se refiere el apartado 3 se advertirá que:

- 1.º Debe leerse como introducción al folleto.
- 2.º Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.
- 3.º No se podrá exigir responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente sobre la base del resumen, a no ser que este resulte engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída 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.

6. Mediante orden ministerial se regulará el contenido de los distintos tipos de folletos y se especificarán las excepciones a la obligación de incluir determinada información, correspondiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores autorizar tal omisión. Previa habilitación expresa, la citada Comisión podrá desarrollar o actualizar el contenido de la orden.

También corresponderá al Ministro de Economía y Competitividad y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la determinación de los modelos para los distintos tipos de folletos, de los documentos que deberán acompañarse y de los supuestos en que la información contenida en el folleto pueda incorporarse por referencia".

Además, la entidad emisora debe tener presente lo establecido en el título II del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, en que se regulan todas las cuestiones relativas al folleto informativo.

Por lo que se refiere a la errónea información del folleto informativo y la posibilidad de que la misma comporte la existencia de vicio de consentimiento, en la *sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016* relativa al folleto informativo de Bankia se dice que: " *El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria* ". Y "Que cada



concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia (JUR 2015, 142901) recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores.

4.- Que lo adquirido por los demandantes hayan sido acciones de una sociedad anónima no resulta obstáculo a la apreciación de la nulidad de la orden de suscripción de acciones por concurrencia de error vicio del consentimiento.

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, consideran que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400), que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores, actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, y 36 del Real Decreto 1310/2005, pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

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

No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (TJCE 2013, 388) (asunto C-174/12, caso Alfred Hirrmann contra Immofinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

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

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 y 1303 del Código Civil cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia (TJCE 2013, 388) del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)".

Por tanto, y como señala la SAP de Barcelona, sección 17, de 17 de enero de 2019, "El folleto debe informar así a los posibles inversores sobre la oportunidad de suscribir el producto emitido, conociendo los riesgos que dicha decisión pueda comportar, siendo dicha información absolutamente imprescindible cuando quien pretende invertir no ostenta la condición de inversor profesional, ni dispone de elementos que le permitan contrastar la veracidad de la información suministrada. De esta forma, si el folleto informativo, entre otras cuestiones,



debe advertir de la situación económica de la entidad bancaria no cabe exigir al inversor que contraste la información facilitada con otros datos a los que no tiene acceso directo o que pueden requerir conocimientos específicos para verificar previamente a la contratación que los datos que obran en el folleto informativo se corresponden con la situación real de la entidad.

De conformidad con ello el conocimiento del actor sobre los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones sólo podía resultar de lo que se hiciese constar en el folleto informativo, complementado, en su caso, con la información ofrecida por el empleado de la entidad bancaria con el que se formalizó la suscripción del producto".

En el supuesto que aquí se examina la ampliación de capital fue precedida de la elaboración, aprobación y registro del folleto ante la CNMV. El folleto se compone de dos documentos: el documento de registro del emisor (documento nº 3 de la contestación), por un lado, y la nota sobre las acciones y el resumen (documento nº 4 de la contestación).

El día 26 de mayo de 2016 **Banco Popular** publicó como hecho relevante (doc. nº 6 de la demanda) la decisión de aumentar el capital social del **Banco**, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. Así, se decía que "El importe nominal del Aumento de Capital queda fijado en 1.002.220.576,50 euros mediante la emisión y puesta en circulación de 2.004.441.153 nuevas acciones ordinarias de **Banco Popular** de 0,50 euros de valor nominal cada una de ellas, de la misma clase y serie que las actualmente en circulación", y con un tipo de emisión de 1,25 euros por cada Acción Nueva. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de **Banco Popular** y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constanding que "con los recursos obtenidos, **Banco Popular** podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista, basado en la financiación a PYMEs y autónomos y en la financiación al consumo, aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que "tras el Aumento de Capital, **Banco Popular** dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializasen parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de coberturas durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. **Banco Popular** tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. **Banco Popular** ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018".

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

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

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

Es cierto que en la nota sobre las acciones y resumen difundida por la CMNV el 26 de mayo de 2016 (folleto informativo) se dice que el **Banco** estima que durante lo que resta del año 2016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado



hace unos meses; c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero motivada por los tipos de interés en mínimos históricos y por el elevado nivel de morosidad y de activos no productivos; d) inestabilidad política derivada de aspectos tantos nacionales como internacionales; y e) incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entablados contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria. Se indica también que ese escenario de incertidumbre "aconsejan aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, que de producirse, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en tal ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible.."

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

El 3 de febrero de 2017 la CNMV hizo pública la nota de prensa de **Banco Popular** (doc. nº 7 de la demanda) en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y con su exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, **Popular** cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del **banco**, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos.

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

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

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

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

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

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

El 3 de abril de 2017 (doc. nº 10 de la demanda), la demandada comunicó como hecho relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a: insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, que afectarían a los resultados de 2016, -y, por ello, al patrimonio neto,- por un importe de 123 millones de euros; posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos que estimada con un nivel de confianza del 95%, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros; posible obligación de dar de baja alguna de las garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente, 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aun no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones; determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe, si se verificara, debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del **Banco**, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de este análisis de 426 millones de euros". En las conclusiones se decía que "a efectos del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."



El 5 de mayo de 2017 (doc. nº 11 de la demanda) la CNMV publicó nota de prensa de **Banco Popular** en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CETI phased in del **banco** es del 10'02% la ratio CETI fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que **Popular** sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11'375%."

El 11 de mayo de 2017 (doc. nº 13 de la demanda) se publicó como hecho relevante que **Banco Popular** desmentía haber encargado la venta urgente del **Banco**, que existiese riesgo de quiebra del **Banco**, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos.

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

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

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

De lo expuesto, resulta que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro.

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

Por ello puede estimarse existente la relación de causalidad entre la decisión de invertir en acciones de la entidad demandada en el mercado secundario, con posterioridad al período de suscripción de las acciones emitidas por la apelada en la ampliación de capital llevada a cabo entre mayo y junio de 2016, lo que hace que pueda estimarse la responsabilidad de la referida sociedad en la medida en que todavía los operadores



del mercado, incluidos los pequeños inversores, la única información real que tenían acerca de la situación económica de la sociedad era la que estaría publicitada en el folleto con motivo de la ampliación de capital.

El art 38 del Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre de 2015 , por el que se aprobó el nuevo texto refundido de la Ley de Mercado de Valores expresa que: "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. ...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".

Por su parte, el artículo 36 del Real Decreto 1310/2005 que desarrolla parcialmente la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos dispone que "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , las personas responsables por el folleto informativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriores, estarán obligadas a indemnizar a las personas que hayan adquirido de buena fe los valores a los que se refiere el folleto durante su período de vigencia por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con este real decreto, siempre y cuando la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo o se haya difundido al mercado antes de que dichas personas hubiesen adquirido los valores".

Finalmente teniendo en cuenta las previsiones contenidas en el art 38 ya citado, y en cuanto a si la responsabilidad que en él mismo se establece del emisor queda limitada a la compra de las acciones en el mercado primario antes de la salida a Bolsa, o si cabe extender tal responsabilidad a las compras realizadas en el mercado secundario, debe entenderse, teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 del art 27 del Real Decreto 1310/2005 de 4 de Noviembre , que traspuso la Directiva 2003/71/CE de 4 de Noviembre al derecho español, que bajo la rúbrica de "período de validez del folleto informativo", dice que: "Los folletos serán válidos durante un período de doce meses desde su aprobación para realizar ofertas públicas", que la responsabilidad de **BANCO POPULAR** como emisor de este folleto informativo por su inexactitud no queda limitada a la compra de acciones que se realizaron en el mercado primario y antes de su salida a Bolsa, sino que se extiende durante los doce meses siguientes al momento en que fue aprobado el mencionado folleto informativo (en este mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid, sección 21, de 27 de noviembre de 2018 , con remisión a la anterior Sentencia de esa misma sección núm. 355/2017 de 25 octubre), y que, en este caso, debemos referir, al momento en que se registró por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, esto es el día 26 de mayo de 2016, de forma que la responsabilidad de **BANCO POPULAR** en relación con las inexactitudes o incorrecciones u omisiones de tal folleto informativo alcanzan a todas las compras efectuadas hasta el día 26 de mayo de 2017, encontrándose entre éstas la efectuada por la actora en el procedimiento.

Lo anterior conlleva que la demandada deba indemnizar al actor en los términos que se determinan en la resolución recurrida.

Es por todo ello que el motivo el recurso debe ser rechazado.

CUARTO. - Costas Procesales.

Por la desestimación del recurso de apelación, la apelante ha de ser condenada al pago de las costas causadas en esta alzada (artículo 398.1, en remisión al artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil) .

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuestos por la Procuradora Doña María Pilar González Rodríguez, en nombre y representación de **Banco Santander, S.A.** (antes **Banco Popular Español, S.A.**) contra la sentencia dictada, con fecha 11 de septiembre de 2018, por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera instancia nº 6 de Ponferrada , en autos de Juicio Verbal núm. 27/2018, de los que este rollo dimana, debo confirmar y confirmo aquella en su integridad, con expresa imposición a dicha apelante de las costas de esta alzada.



Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución, dictada en un juicio verbal en que el tribunal se ha constituido con un solo magistrado, no cabe recurso alguno por lo que se declara firme.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente y testimonio al presente rollo de apelación y remítase todo ello al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para su ulterior sustanciación.

Así por éste, mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ