

PROCESAL: Legitimacion pasiva

Jurisdicción: Civil

Ponente: [MARTA ELENA FERNANDEZ DE FRUTOS](#)

Origen: Audiencia Provincial de Barcelona

Fecha: 30/05/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Decimoséptima

Número Sentencia: 348/2019

Número Recurso: 1042/2018

Numroj: SAP B 5893/2019

Ecli: ES:APB:2019:5893

Barcelona, 30 de mayo de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero . En fecha 7 de noviembre de 2018 se han recibido los autos de Juicio verbal (250.2) (VRB) 188/2018 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Jordi Fontquerni Bas, en nombre y representación de Banco Popular Español, S.A. contra Sentencia de 11/07/2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Adriana Flores Romeu, en nombre y representación de Aureliano .

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por don Aureliano contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de adquisición de las acciones, y en su consecuencia condeno a la demandada a la restitución del importe de 3.681,73€ aportado por la actora, más los intereses legales devengados desde la fecha de dicha adquisición, y con imposición de las costas a la demandada." Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló el día 29/05/2019 como fecha para la resolución del recurso.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Marta Elena Fernández de Frutos .

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El 11 de julio de 2018 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona que estimó la demanda planteada por la representación de Aureliano , declaró la nulidad de la adquisición de acciones de Banco Popular Español,

y condenó a Banco Popular Español, SA a devolver al actor la cantidad de 3.681'73 euros más intereses legales desde la fecha de adquisición.

La sentencia considera que la demandada ostenta legitimación pasiva por cuanto la acción se ejercita frente a la demandada respecto a la información facilitada en el folleto informativo, siendo indiferente que las acciones se adquiriesen en el mercado primario o secundario; que el actor ostenta la condición de minorista y consumidor lo que exige una ampliación de las garantías a los efectos de comprender el producto objeto de adquisición; que el vicio de consentimiento del actor se habría producido por error excusable o dolo omisivo de la parte demandada al haber ocultado la verdadera situación financiera de la entidad; y que procede la estimación de la acción de anulabilidad teniendo presente que las acciones fueron amortizadas por el Banco Santander a consecuencia de la resolución dictada por la Unión Europea.

La parte demandada interpone recurso de apelación en el que alega errónea valoración de la prueba respecto a la legitimación pasiva de la demandada por cuanto las acciones fueron adquiridas en el mercado secundario a través de una entidad distinta a la emisora de las acciones; que no consta que el actor adquiriese las acciones en atención a la información contenida en los folletos informativos de ampliación de capital publicados en 2012 y 2016; que no se ha probado la existencia de irregularidades en las cuentas anuales de Banco Popular, habiendo sido aprobado el folleto informativo por la CNMV, siendo la causa de la resolución no la situación de insolvencia sino de falta de liquidez lo que no guardaba relación con la información contenida en el folleto informativo; que los informes periciales incurrían en error al concluir que Banco Popular debió amortizar el fondo de comercio en virtud de lo dispuesto en la Circular 4/2016 que no estaba en vigor cuando se realizó la ampliación de capital; que la reexpresión de las cuentas en abril de 2017 fue voluntaria y no tuvo un impacto significativo en las cuentas de Banco Popular; que no es procedente la aplicación de las resoluciones dictadas en el caso Bankia; y que no concurre error esencial e inexcusable.

La parte actora se opone al recurso de apelación alegando que la demandada ostenta legitimación pasiva como emisora de los títulos aunque hubiesen sido adquiridos en el mercado secundario siempre que la adquisición se produjese previamente a la reformulación de las cuentas, puesto que la conducta que motivó el error es la del emisor mediante la información obrante en el folleto informativo; que no era objeto del procedimiento acreditar las irregularidades de la auditoría de PWC; que Banco Popular era insolvente en el momento de la ampliación; que no se ha pretendido aplicar retroactivamente la circular 4/2016; que la reexpresión de 3 de abril de 2017 sí que tuvo un impacto significativo porque así lo ha declarado la CNMV en su informe de 26 de mayo de 2018; que la declaración de inviabilidad tuvo lugar nueve meses después; que la CNMV no es órgano regulador sino supervisor; que el supuesto de hecho es jurídicamente idéntico al caso Bankia; que el error es esencial y excusable.

La parte actora solicitó la admisión de prueba documental, dictándose auto por el que se admitió el documento n.1 y se inadmitieron el resto de documentos.

Posteriormente la parte actora solicitó la admisión de un nuevo documento, lo que fue admitido mediante auto.

SEGUNDO.- La resolución del recurso de apelación requiere en primer lugar pronunciarse respecto a si la demandada no ostenta legitimación pasiva por cuanto las acciones se adquirieron en el mercado secundario a través de una entidad comercializadora que no era la demandada.

En el supuesto de confirmar la legitimación pasiva de la demandada corresponderá determinar si no existió información errónea respecto a las cuentas de la demandada, y si las circunstancias posteriores no determinaron que hubiese una previa situación de insolvencia.

También deberá decidirse si el actor dispuso previamente a la adquisición de las acciones de una información distinta a la obrante en el folleto informativo.

Asimismo habrá que analizar si el órgano judicial de instancia aplica erróneamente la jurisprudencia recaída en relación con el caso Bankia.

Finalmente procederá establecer si el error en que pudo incurrir el actor no resulta esencial ni excusable.

TERCERO.- En el presente supuesto la parte actora fundamenta su pretensión en la errónea información facilitada por la demandada en el folleto informativo relativo a la ampliación de capital mediante la emisión de nuevas acciones por considerar que la imagen de la entidad ofrecida no se correspondía con la realidad, habiendo ello determinado su error en el consentimiento cuando adquirió las acciones el 3 y 30 de junio y el 17 de noviembre de 2016.

Por tanto, la controversia versa respecto a si en el folleto informativo se omitieron datos sobre la efectiva realidad contable de la entidad bancaria, Banco Popular, y si de ello cabe colegir la existencia de error en el consentimiento.

De esta forma la información facilitada sobre el producto concreto objeto de contratación, acciones de Banco Popular, no resulta trascendente a los efectos de decidir si el actor pudo conocer la situación económica real de la entidad bancaria, puesto que no se discute ni que las acciones son un producto de naturaleza no compleja, ni que se trata de un producto de riesgo. Lo relevante es establecer si en el momento de producirse la contratación, aunque fuese en el mercado secundario y a través de otra entidad, la imagen ofrecida por la entidad emisora de las acciones mediante el folleto informativo no se correspondía con su efectiva situación financiera, y por tanto existía un riesgo conocido de pérdida total del importe invertido del que no tuvo conocimiento el actor por no corresponderse con el riesgo al que se hacía referencia en el folleto informativo.

En consecuencia la resolución del procedimiento requiere 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.

Teniendo ello presente debe decirse que respecto a la legitimación pasiva de la entidad emisora del folleto informativo es cierto que las Audiencias Provinciales no mantienen

un criterio unánime respecto a si aquella ostenta legitimación pasiva en aquellos supuestos en que la acción de nulidad por vicio del consentimiento se ejerce respecto a supuestos de adquisición de acciones en el mercado secundario, existiendo tres posiciones jurisprudenciales.

- Resoluciones que sostienen que la legitimación pasiva resulta sólo cuando la entidad es la vendedora de las acciones mediante la oferta pública no ostentado legitimación cuando las acciones son adquiridas en el mercado secundario (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de julio de 2018, sección 21 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 24 de septiembre de 2018, sección 1 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 17 de abril de 2018, sección 2 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de febrero de 2018, sección 9).

- Resoluciones que sostienen que la legitimación pasiva se ostenta cuando la entidad actúa como intermediaria en la adquisición de acciones en el mercado secundario, por lo que no ostentaría dicha legitimación si las acciones se compran en el mercado secundario por la intermediación de otra entidad (sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de mayo de 2017 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 2017, sección 13 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de julio de 2016, sección 8).

- Resoluciones que sostienen que la legitimación pasiva deriva de la condición de la entidad de emisora del folleto informativo de las acciones con independencia de que las mismas se hayan adquirido durante la oferta pública de suscripción o en el mercado secundario (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de octubre de 2018, sección 3 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de octubre de 2018 ; sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de junio de 2018, sección 2).

Esta última posición jurisprudencial es la que resulta acogida por esta sección por cuanto la legitimación pasiva de Banco Popular se fundamenta, como ya se ha dicho, no en la comercialización del producto sino en la información ofrecida mediante el folleto informativo de la oferta pública de emisión de acciones respecto al que los adquirentes de acciones, tanto a través de la oferta pública como del mercado secundario, confiaron en que reflejaba la verdadera situación económica y real de la entidad, y por ello decidieron proceder a la adquisición de acciones.

Así, en el presente supuesto aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario no consta que la información de la que dispusiese el actor en el momento de la adquisición, 3 y 30 de junio y el 17 de noviembre de 2016, divergiese de la existente cuando las acciones fueron adquiridas a raíz de la oferta pública de venta.

La contratación se efectuó cuando el folleto informativo aún estaba vigente, atendido que conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre el folleto será válido durante 12 meses desde su publicación, habiendo sido inscrito el 26 de mayo de 2016, y no se ha probado que existiese otra información pública que permitiese a la parte actora al adquirir las acciones en el mercado secundario conocer que la situación de Banco Popular divergía de la reflejada en el folleto informativo.

La responsabilidad de Banco Popular deriva así de la emisión de un folleto informativo con datos falseados y no de la comercialización de las acciones. Por tanto, respecto a la alegación de que las acciones adquiridas en el mercado secundario no pertenecían a Banco Popular y por ello al no ser la misma la entidad que vendió las acciones al actor no estaría legitimada pasivamente respecto a la acción de anulabilidad, cabe decir que con independencia de que la demandada ya no fuese titular de las acciones, lo relevante es que el folleto informativo fue emitido por la demandada, siendo frente a ella que se ejerce la acción de anulabilidad por error en el consentimiento.

De esta forma, en el mismo sentido en que se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 que los inversores que adquirieron acciones a través de la oferta pública sufrieron error en el consentimiento por cuanto el folleto informativo contenía información falseada, debe sostenerse que los posteriores adquirentes en el mercado secundario lo hicieron con fundamento en la información que constaba en el referido folleto, por lo que respecto a los mismos son aplicables las mismas consideraciones relativas al error en el consentimiento padecido.

En este sentido 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, aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario, de lo que se hiciese constar en el folleto informativo.

En consecuencia debe confirmarse la legitimación pasiva de la demandada respecto a la acción ejercitada por el actor.

CUARTO.- Respecto a la normativa aplicable para la decisión de si el folleto informativo facilitado por la demandada reflejaba la imagen fiel de la entidad debe tenerse presente que el art. 34 de la ley del Mercado de Valores dispone 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 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 , que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores , actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 , y 36 del Real Decreto 1310/2005), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

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

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

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

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por

inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 y 1303 del Código Civil) cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)." 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.

En el supuesto que aquí se examina en el folleto informativo de ampliación de capital se dice que la finalidad de la misma era la de acelerar la normalización de la actividad después de 2016, tratando de reforzar fortalezas y la rentabilidad, y reducir el coste de riesgo esperado, acelerando la estrategia de reducción del negocio inmobiliario, concretamente se decía "tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital futura, lo que permitirá acelerar la vuelta a una política de dividendos en efectivo normalizada a partir de 2017".

El 26 de mayo de 2016 Banco Popular publicó como hecho relevante la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. Así, se decía que se había acordado aumentar el capital social por un importe de 1.002.220.576'50 euros, emitiéndose 2.004.441.153 acciones por valor cada una de 0'50 euros, y con un tipo de emisión de 1,25 euros. 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" y "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".

Por tanto, 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 nuestros 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 2.016 existen determinados factores de incertidumbre que el Grupo considerará en su evaluación continua de los modelos internos que utiliza para realizar sus estimaciones contables. Entre estos factores destacamos por su relevancia: a) entrada en vigor de la circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016, b) crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses, c) preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero, 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." Por tanto, los riesgos previsibles anunciados por la entidad se traducían en una posibilidad de pérdidas contables de unos 2.000 millones de euros en 2016, que la propia entidad preveía cubrir, a efectos de solvencia, como ya se ha dicho con el aumento de capital; y asimismo aunque se hacía referencia a una posible suspensión del reparto de dividendos se preveía como puntual, avanzando la reanudación del reparto de dividendos en 2017.

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

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

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

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

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

de capital.

Adicionalmente, otra de las alternativas del banco para generar capital de forma inorgánica sería la desinversión en negocios no estratégicos, que pueden generar unos 100 p.b. de capital." El 3 de abril de 2017 la demandada comunicó como hecho relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la "1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 2T2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que

podrían haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe 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 221 millones de euros". En las conclusiones se decía que "del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%." El 5 de mayo de 2017 la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en que se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "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 se publicó como hecho relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos.

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

El 6 de junio de 2017 se celebró reunión del Consejo de Administración de Banco Popular en que se decía que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros, que las validaciones habían permitido disponer de cerca de 3.500 millones de euros pero que ello no impedía que el incumplimiento de la ratio LCR hubiese dejado de ser provisional pasando a ser significativo a efectos de valoración de la inviabilidad del Banco. El consejo aprobó considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Popular esa situación.

El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art.

18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la

declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015 , no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

El 28 de mayo de 2018 la CNMV emite informe en el que se dice que la reexpresión realizada por Banco Popular respecto a la información financiera del ejercicio de 2016 hubiese supuesto la minoración en 126 millones del resultado del ejercicio y de su patrimonio neto en 387 millones de euros; que la actuación de Banco Popular fue de gravedad, relevancia e impacto al haber suministrado información claramente errónea; que existió intencionalidad de algunos miembros de la alta dirección en incurrir en errores; que la información financiera del Banco en 2016 no reflejaba la imagen fiel de la entidad.

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 respecto a 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. Así, si bien se alude a una retirada de depósitos que afecto a la liquidez de la entidad, no se justifica que la misma se realizó porque los inversores decidieran sin razón alguna dejar confiar en la entidad, sino que debía tener justificación por la previsible deficiente situación económica de la entidad. El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones. Así, la propia demandada en su contestación reconoce que el 30 de mayo de 2017 se difundió la noticia de que Bruselas se preparaba para intervenir el Banco Popular si no había comprador, y la retirada significativa de depósitos se produjo los días 1 y 2 de junio, por lo que es evidente que dicha retirada

fue la consecuencia de la previsible intervención de la entidad atendida su situación económica y no la causa de dicha deficiente situación.

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. Por tanto, dicho folleto no respondía a la real situación económica y financiera de la entidad porque, como ya se ha dicho, al constatarse al poco tiempo la falta de solvencia de la entidad no puede negarse que la entidad ofreció una imagen falseada, presentándose como solvente pese a que conocía que ello no era así.

La parte demandada no ha probado que la información económica que se hacía constar en el folleto informativo reflejaba la situación económica real y que la misma no fue falseada, ni que los hechos ocurridos posteriormente no son el resultado de una previa situación de insolvencia ocultada a los actores mediante la apariencia de una óptima situación económica. Pese a que se alega que en dicho folleto se advertía de los riesgos derivados de la adquisición de acciones, no cabe obviar que si al cliente se le informaba de una posible pérdida también se decía que la misma sería absorbida con la ampliación de capital y se preveía repartir dividendos en 2017 y 2018. Por tanto, no cabía inferir que la entidad se encontraba en una situación económica absolutamente deficiente que derivó en su intervención y posterior adquisición por Banco Santander, con la consecuencia de que las acciones adquiridas pasaron a ser valoradas en cero euros.

De conformidad con lo expuesto debe confirmarse la resolución de instancia respecto a que el folleto informativo contenía información que no se adecuaba a la realidad económica de la entidad.

QUINTO.- En relación con la alegación de la recurrente de que el actor pudo disponer en el momento de la contratación de información distinta a la obrante en el folleto informativo resulta que no se ha probado que en el momento de la contratación la demandada hubiese publicado otra información distinta a la que constaba en el folleto informativo cuya finalidad no era otra que la de ofrecer la imagen real de solvencia de la entidad emisora de las acciones objeto de la ampliación de capital.

En este sentido no puede obviarse que si la legislación exige la emisión de folleto informativo cuando la oferta pública va dirigida a inversores minoristas la finalidad de ello es que mediante ese folleto la persona que se plantea la posibilidad de invertir conozca la imagen fiel y real de la situación económica de la entidad emisora, puesto que el inversor minorista no dispone de otros elementos de información privilegiada para conocer con independencia del folleto informativo la verdadera situación económica de quien emite las acciones para su suscripción. Por ello, la carga de la prueba de que en el momento de la adquisición de las acciones y estando aún vigente, como se ha dicho, el folleto informativo la persona que realizó la adquisición dispuso de otra información que le permitía conocer la realidad de la situación económica, corresponde a la entidad emisora, sin que en el presente supuesto se haya practicado dicha prueba a los efectos de acreditar que el actor dispuso de datos independientes al folleto informativo mediante los que pudo tener conocimiento de la situación económica de la demandada.

Por lo expuesto debe desestimarse el motivo del recurso de apelación.

SEXTO.- Respecto a si el órgano judicial aplica indebidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en el caso Bankia el examen de la sentencia dictada en primera instancia no permite apreciar que la decisión se haya fundamentado en la aplicación de la jurisprudencia dictada en el caso Bankia puesto que lo que se analiza en la sentencia es la correspondencia entre la información obrante en el folleto informativo y la real situación financiera de la entidad, concluyendo que la información facilitada no se correspondía con la real situación económica de la demandada, por lo que debe desestimarse el motivo del recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al nexo causal entre la información facilitada, que no se correspondía con la situación real de la entidad, y el error del actor en la contratación de las acciones cabe recordar que para que proceda la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento se requiere que: 1) Exista error en el consentimiento; 2) que el error sea esencial; y 3) que el error sea excusable.

La jurisprudencia declara que existe error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, debiendo recaer el error sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato.

Asimismo, el error debe ser esencial al proyectarse sobre la causa principal de la celebración del contrato y ha de ser excusable.

El error sustancial en relación con el consentimiento otorgado en la suscripción de las acciones de la demandada debe recaer sobre el objeto del contrato, y por ello la información es imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente su consentimiento, siendo lo que vicia el consentimiento por error no el incumplimiento per se del deber de ofrecer información veraz en el folleto informativo, sino las consecuencias que de la falta de esa información veraz se derivan en la prestación del consentimiento.

El incumplimiento del deber de ofrecer una imagen fiel de la entidad en el folleto informativo incurre directamente en el requisito de excusabilidad del error, puesto que el conocimiento equivocado sobre la situación económica y financiera de la demandada le es excusable al cliente.

En el presente supuesto la información falseada ofrecida por la demandada en el folleto informativo comporta que no se haya acreditado que en el momento de la contratación el cliente tenía un conocimiento suficiente de la situación económica y financiera de la entidad y de las repercusiones que ello tenía en las acciones a adquirir. Dicho error recae sobre los riesgos concretos de la situación económica y financiera y el desconocimiento de dichos riesgos afecta a la causa principal de la contratación. Así, el desconocimiento de tales riesgos concretos evidencia que la representación mental que el actor se hacía de lo que contrataba era equivocada, puesto que con una finalidad de adquirir acciones en una entidad solvente las adquirió en una entidad con riesgo cierto de insolvencia.

Por tanto, concurre error en el consentimiento derivado de la información falseada ofrecida por la demandada.

Dicho error es esencial al recaer sobre las condiciones en que las acciones salían al mercado y la situación económica de la entidad emisora. Frente a ello la alegación de la recurrente de que el error no es esencial porque el actor conocía que no contrataba un producto seguro sino sometido a riesgos carece de fundamento. Así, ya se ha dicho que la acción no se ejercita respecto al error en el consentimiento sobre la naturaleza del producto contratado, no se cuestiona que las acciones son producto no complejo de riesgo, sino respecto a la real situación económica de la entidad emisora al haberse ofrecido información falseada en el folleto informativo necesario para la emisión de la oferta pública de suscripción de acciones y que desplegaba sus efectos también cuando la adquisición se efectuaba en el mercado secundario bajo la vigencia de dicho folleto informativo.

El error es excusable por cuanto no puede ser imputado a la parte actora por falta de diligencia, sino a la información equivocada ofrecida por la entidad bancaria. Así, de la prueba practicada no resulta acreditado que la parte actora hubiese dispuesto de información sobre la demandada distinta a la que pudiese obrar en el folleto informativo que le permitiese detectar que la información del folleto no era reflejo de la verdadera situación de Banco Popular, sin que pueda exigírsele, atendida su condición de inversor minorista, mayor nivel de comprobación que el desplegado por los organismos que debían controlar la veracidad de los datos del folleto informativo y aprobar su emisión, y que no detectaron en su momento la imagen falseada que se ofreció en dicho folleto.

En consecuencia cabe concluir que el contrato de adquisición de acciones es nulo por vicio de consentimiento, al invalidar el error padecido por el actor dicho consentimiento, y por ello procede también desestimar el recurso de apelación en este extremo y confirmar la sentencia de instancia respecto a la existencia de vicio de consentimiento que determina la nulidad del contrato suscrito por el actor.

OCTAVO.- La desestimación del recurso de apelación debe comportar la imposición de costas a la parte recurrente en virtud del art. 398.1 LEC .

FALLO:

SE ACUERDA: DESESTIMAR el recurso planteado por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, contra la sentencia de 11 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n. 38 de Barcelona, Y CONFIRMAR dicha resolución con imposición de costas a la recurrente.

Respecto al depósito que ha constituido la parte recurrente, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ .

Modo de impugnación: recurso de CASACIÓN en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario POR INFRACCIÓN PROCESAL (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de VEINTE días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de

este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acuerdo y firmo.

La Magistrada :

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