

PROCESAL: Renuncia ejercicio accion
Jurisdicción: Civil
Ponente: [Edmundo Rodríguez Achutegui](#)
Origen: Audiencia Provincial de Bizkaia
Fecha: 26/11/2018
Tipo resolución: Sentencia
Sección: Cuarta
Número Sentencia: 811/2018
Número Recurso: 524/2018
Numroj: SAP BI 1714/2018
Ecli: ES:APBI:2018:1714

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Bilbao se dictó en autos de Juicio Verbal nº 956/2017 sentencia de 19 de enero de 2018, cuyo fallo establece: "DESESTIMAR la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Leyre Cañas Luzarraga, en nombre y representación de D. Apolonio contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A." 2.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de D.

Apolonio , en el que se alegaba: 2.1.- Infracción de los arts. 1266 y ss del Código Civil y errónea valoración de la prueba por no apreciar que se produjo falta de información determinante para formar el consentimiento con conocimiento suficiente de la real situación financiera el oferente de las acciones del Banco Popular Español, S.A.

2.2.- Infracción del art. 1269 del Código Civil y errónea valoración de la prueba por no apreciar que Banco Popular Español, S.A. se condujo con dolo para convencer al apelante para suscribir la oferta pública de suscripción de acciones de 2016.

2.3.- Infracción del art. 6.1 del Código Civil por no apreciar la nulidad radical del contrato por incumplimiento de la normativa bancaria.

2.4.- Infracción legal por no apreciar que el producto adquirido es complejo, la condición de minorista del inversor, y la doctrina de los actos propios por haber reconocido su responsabilidad al ofrecerse al apelante un "bono de fidelización".

3.- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 27 de febrero de 2018, dándose traslado la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., que se opuso al mismo, tras lo cual se elevan los autos a esta Audiencia Provincial.

4.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 26 de marzo se mandó formar el Rollo de apelación, al que ha correspondido el nº 524/2018 de Registro, y turnarse la ponencia al Magistrado D.

EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, dictándose auto admitiendo la prueba documental propuesta por la parte apelante el día 5 de mayo.

5.- El auto fue recurrido por la representación de Banco Popular Español, S.A., y tras impugnarse por la parte apelante se desestima por auto de 6 de junio.

6.- Practicada la prueba la parte apelada aportó sentencia sobre el mismo asunto dictada por otra Audiencia, del que se dio traslado a la otra parte para alegaciones, señalándose para dictar el fallo el siguiente día 25 de de septiembre.

7.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Sobre los términos del litigio 8.- D. Apolonio presentó demanda frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., alegando que concurrió a la oferta pública de suscripción de acciones que corresponde a la ampliación de capital que dicha entidad realizó en 2016, para la que se había emitido un folleto informativo publicado en la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), que sugería dividendos para 2017 y ofrecía una entidad que ilusionaba al inversor, capaz de generar beneficios para sus accionistas. El demandante adquiere el 22 de junio de 2016 acciones por valor de 5.265 €. En febrero de 2017 el cierre del ejercicio anterior reflejaba pérdidas superiores a 3.485 millones de euros, y en junio de 2017 la entidad es resuelta por el FROB, realizándose una operación acordeón que dejó reducida a valor cero su participación. Considera el actor que ha habido vulneración de normas imperativas, que se ha incurrido en dolo y/o error que vicia el consentimiento, y que es procedente la condena a la demandada a reintegrar la cantidad que satisfizo, más intereses y costas.

9.- Banco Popular Español, S.A. se opone alegando que el producto adquirido son acciones, de funcionamiento conocido y sencillo, que los problemas que atravesó el banco no se debieron a que se presentara una situación financiera incierta sino a la retirada masiva de depósitos ocurrida muchos meses después de la adquisición de las acciones, que el riesgo de la inversión no puede desplazarse al banco, que el folleto se ajustaba a la realidad, que no se vulneraron normas imperativas, que no hay justificación para el dolo o el error pretendido, y que por todo ello, y lo demás que esgrime, procede la desestimación de la demanda.

10.- La sentencia desestima la pretensión porque considera que no hay nulidad por incumplimiento del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y por tanto no es de aplicación del art. 6.3 del Código Civil (CCv), y tampoco aprecia vicios de consentimiento, sea dolo u error, por considerar que no hay prueba de que el folleto contuviera datos erróneos, no hay reformulación de las cuentas como en el caso de Bankia, por lo que ante tal falta de acreditación desestima la demanda, sin imponer las costas por apreciar significativas dudas de hecho.

11.- El apelante cuestiona las conclusiones de la sentencia apelada porque entiende que la prueba permite alcanzar las conclusiones que postula en su demanda. Disiente de la valoración de la prueba y entiende que concurre infracción de las previsiones legales que regulan nulidad y anulabilidad del contrato, ya por infracción de normas imperativas del art. 6.3 CCv, ya de los arts. 1266 o 1269 CCv, exponiendo los motivos que se han resumido en §2. Por el contrario la parte apelada se opone al recurso,

solicitando su desestimación, reiterando como en la instancia que no se ha facilitado información incorrecta que justifique el vicio de voluntad, no se han vulnerado normas imperativas y es improcedente la pretensión.

SEGUNDO.- De los hechos probados.

12.- Son hechos que la sentencia de instancia declara expresamente probados por ser notorios, conforme al art. 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y que no han sido combatidos ni por el recurrente al apelar, ni por el apelado al contestar el recurso, los siguientes que se reproducen literalmente: 12.1.- En el 2016 Banco Popular tuvo problemas de capitalización, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2016 que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2016 por 2.505 millones de euros; previamente en el año 2012 se había realizado otra ampliación de capital.

12.2.- Sus cuentas habían sido auditadas por Pricewaterhouse (PwC) que indicó un patrimonio neto de 12.423 millones de euros y así se comunicó a la CNMV.

12.3.- El folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones fue depositado en la CNMV.

12.4.- En dicho folleto se advertía de una serie de riesgos de los valores como era el no poder pagar dividendos y la volatilidad e imprevistos que pueden conllevar significativos descensos. Además en su introducción se refería a la incertidumbre derivada de los procedimientos judiciales y reclamaciones judiciales, concretamente de los relativos a la Cláusula suelo, la entrada en vigor de la circular 4/2016, el crecimiento económico más débil, la preocupación por la rentabilidad financiera, la inestabilidad política; y se refería a las posiciones dudosas e inmobiliarias del grupo que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, lo que de ocurrir ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible. Añade el folleto que " Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos". Así mismo aludía al entorno macroeconómico y sectorial y expresamente se refería a su inestabilidad y a una incertidumbre creciente y a nivel de España consideraba una ralentización de la economía. Exponía las ventas que a otras entidades se había realizado del negocio y concretaba (folio 9 y siguientes) como riesgos del negocio del grupo los derivados de la cláusula suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad que se generen pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el causado por los activos adquiridos en pago de deuda, la refinanciación, los riesgos derivados de la operativa sobre acciones propias, el riesgo de reputación... Por último en el folleto se aludía al riesgo regulatorio y concretamente al MUR (riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa que es lo que ha ocurrido).

12.5.- Entre el 28 de mayo y el 11 de junio de 2016 se hizo la oferta pública para acudir a la misma y que tuvo gran demanda (según diversos medios de comunicación hay una demanda de más del 35 % de lo ofrecido).

12.6.- Suscritas las acciones comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2016, y a negociarse el día siguiente.

12.7.- Tras la ampliación capital y a pesar de ella se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación que dan noticias poco atractivas como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias...

todo lo cual conduce a una crisis de liquidez.

12.8.- En febrero de 2017 se publican los resultados del Banco Popular del ejercicio anterior reconociendo pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros (informe anual que el banco cuelga en su página web).

12.9.- El día 3 de abril de 2017 se comunica por Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un hecho relevante, exponiendo que tiene que provisionar 123 millones de euros más para afrontar riesgos, provisionar otros 160 millones de euros por determinados créditos, dar de baja garantías y otros semejantes.

12.10.- El 11 de mayo de 2017 Banco Popular emite otra comunicación de hecho relevante a la CNMV en el que " niega categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco... ni la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos".

12.11.- El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 " 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 la JUR decide el mismo día " 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", al valorar que el Banco Popular " 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". Ello supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

12.12.- El FROB, el mismo día 7 de junio, dicta una resolución que conlleva que el 8 de junio de 2017 se amorticen las acciones y seguidamente se decretó su venta al Banco Santander por un (1) euro.

12.13.- La Decisión SRB/ees/2017708 de la JUR indica que " con carácter previo a la adopción de su decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar, ha recibido la valoración realizada por un experto independiente... De la referida valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de dos mil millones de euros negativos (2000) y en el más estresado de ocho mil doscientos (8.200) millones de euros negativos. La valoración... ha informado la decisión de la JUR sobre la adopción del instrumento de venta del negocio...".

12.14.- En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Rafaela , presidenta de la Junta Única de Resolución que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander. Algunos medios de comunicación refieren que el informe contiene una valoración en tres escenarios. En el más perjudicial el valor de la entidad sería de -8.200 millones de €, en el intermedio - 2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

12.15.- La comisión de investigación del Congreso de los Diputados pidió el informe a la Unión Europea, pero no se facilitó por lo que se recurrió tal negativa de la JUR a facilitar el informe quien en fechas recientes ha indicado que lo hará público a los interesados.

12.16.- Mientras en septiembre el Banco Santander ha hecho una oferta a los antiguos accionistas de lo que se ha venido en llamar "bonos de fidelización", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, que se denominan " obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal". Si bien se solicita que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander.

12.17.- El 30 de octubre de 2017 un acreedor del Banco Popular solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid la declaración de concurso necesario de tal entidad, que se admitió a trámite y fue rechazada el 13 de noviembre.

12.18.- El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por la ampliación de capital del Banco Popular en 2016. Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida.

TERCERO.- Sobre los presupuestos para resolver 13.- El recurso de apelación se centra, esencialmente, en la afirmación de que existe error, cuestionando la valoración de la prueba de la sentencia recurrida. Lo hace exponiendo las razones por las que considera que la entidad bancaria había disimulado su verdadera situación patrimonial, que en plazo muy breve desde la oferta pública de suscripción de acciones le ha conducido a la desaparición. Añade que en su caso habría dolo, o incluso vulneración de normas imperativas, reiterando las tesis de la instancia.

14.- Como premisas para resolver se tendrá en cuenta, en primer lugar, que la acción ejercitada no se fundamenta en la responsabilidad por folleto a que alude el art. 38.1 del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV). El apelante funda su pretensión en una errónea representación de la situación económica y financiera de la entidad emisora, que entiende vicia su consentimiento por haberse presentado como favorable cuando era negativa, escamoteando información precisa sobre su verdadero estado, que de haberse

conocido, le hubiera determinado a no suscribir las acciones. Por lo tanto, en el error del art. 1266 CCv, y en su caso, dolo o infracción de normas imperativas.

15.- En segundo lugar hay que resolver atendiendo a que las acciones no constituyen un producto complejo, ni de un riesgo desconocido o especial. Es un instrumento habitual para invertir, conocido con carácter general, que acarrea las incertidumbres propias de la oscilación de mercado. No son, por tanto, producto complejo en el sentido en que en la actualidad entiende el art. 217 TRLMV, por lo que las normas que obligan a facilitar información contractual suficiente no son de aplicación al caso, lo que no impide que cuando se publicita una determinada situación patrimonial, elementales deberes de buena fe, derivados tanto del principio general contenido en el art. 7.1 CCv, como del art. 1258 CCv para los contratos, supongan que no pueden escamotearse datos decisivos o presentarse de forma sesgada o incompleta, dando a entender una situación que no se corresponde con la realidad.

16.- Finalmente además de los hechos probados declarados en la instancia hay que añadir que está acreditado, por admitido por las partes, que D. Apolonio participó en la oferta pública de suscripción de acciones de Banco Popular referida a la ampliación de 2016, comprando el 22 de junio de 2016, en la oficina de dicha entidad de la calle Gordoniz nº 22 de Bilbao, acciones por valor de 5.265 €, que tras la resolución del banco han quedado reducidas a valor cero euros, sin que haya recibido ningún producto sustitutivo o indemnización.

CUARTO.- Sobre el error: la pretendida retirada masiva de fondos 17.- En el primer motivo del recurso el apelante sostiene que la prueba disponible debiera haber conducido a considerar acreditada la concurrencia del error vicio del consentimiento previsto en el art. 1266 CCv. Comparte con la sentencia recurrida que para apreciarlo lo decisivo es constatar si las cuentas del banco en el momento de acordar la ampliación de capital reflejaban la situación real de la entidad, pero discrepa en la valoración de la prueba, pues entiende que la disponible permite alcanzar dicha convicción, que la sentencia recurrida aparta por considerar dudoso lo afirmado, ya que podría haberse ocasionado, también, por la crisis de liquidez que el banco señala como causante de su posterior resolución.

18.- La sentencia de instancia descarta que haya error por considerar que la prueba no es concluyente respecto de la falta de veracidad del folleto que sirvió para diseminar la información sobre la ampliación de capital de Banco Popular en 2016, aportado como doc. nº 3 de la demanda, folios 51 y ss de los autos. Dice en su fundamento jurídico quinto que "... parece intuirse que las cuentas auditadas por PwC no se acomodaban a la realidad financiera de Banco Popular, por cuanto si el banco era solvente y tenía beneficios, no habría tenido que ser resuelto por la JUR...", pero que "... la realidad puede ser más compleja, ya que se dice también por los medios de comunicación, que lo que motivó esta decisión fue la fuga de depósitos de los últimos meses...", como declara probado en §12.7. Aplicando entonces las reglas del art. 217 LEC entiende que el actor no ha acreditado que haya información errónea o inveraz, lo que determina la desestimación de la demanda, como en una situación semejante, y también por falta de prueba, ha decidido la SAP Asturias, Secc.

6ª, 298/2018, de 16 de julio, rec. 282/2018.

19.- Las cuentas del banco y el folleto, al momento de acometerse la ampliación de capital que da lugar a la oferta pública de adquisición de acciones, permiten difundir públicamente una información que tenían en cuenta los inversores para decidirse a suscribirla. Este efecto de "diseminación" de la información que se facilita en el folleto de una oferta pública de esta clase se ha puesto de manifiesto en STS 23/2016, de 3 febrero, rec. 541/2015. De manera que leído o no el folleto por el adquirente, lo que propició el folleto es un conocimiento general de la situación de la entidad, de los riesgos que apuntaba, y de las expectativas que sugería.

20.- Si las cuentas y el folleto facilitan datos correctos, no hay base para el pretendido error. Pero mantiene el apelante, con apoyo en los hechos probados de la sentencia recurrida, que en apenas un año una entidad que se presentaba solvente desapareció. Donde había expectativas de beneficios y dividendos, se pasa a pérdidas de tal magnitud que han supuesto la resolución del banco. Esa desaparición no tiene que ver, dice el apelante, con la retirada masiva de fondos, sino que es consecuencia de una comprometida situación patrimonial que se ocultó para capitalizar el banco con aportaciones de los suscriptores de la ampliación de capital.

21.- Las comprensibles dudas que se plantea la sentencia recurrida se basan en que la descapitalización de la sociedad podría ser causada por la retirada masiva de fondos, declarada probada en §12.7, en lugar de por una situación patrimonial comprometida. Tal tesis se mantiene igualmente por la parte apelada. Sin embargo no parece que pueda considerarse que la retirada masiva de fondos, que ahora se esgrime como causa principal de la resolución del banco, se haya acreditado. Al contrario, la comunicación de un hecho relevante que verifica Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de mayo de 2017, que se aportó como doc. nº 7 de la demanda (folio 73 de los autos), lo que afirma es que "es falso igualmente que haya datos de la Asociación Española de Banca que manifiesten que el banco perdiera 6.000 millones de euros de depósitos en el mes de Enero".

22.- El propio Banco Popular, menos de un mes antes de su resolución por la JUR, asegura que no hay retirada masiva de depósitos, comunicándolo como hecho relevante a la CNMV. Parece, por tanto, que la explicación de las dificultades patrimoniales de la entidad emisora de las acciones no puede tener como origen una retirada importante de fondos, que indudablemente hubo, ya que se protestaba por el propio Banco Popular en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero. La incertidumbre que recoge la sentencia de instancia debe ser matizada, ya que la prueba documental citada, pues no hay otra salvo las alegaciones del banco apelado, lo que pone de manifiesto es que hubo retirada de fondos, pero no masiva ni decisiva según el propio banco.

23.- Queda apartada, por tanto, la explicación que se sugería para justificar el claro empeoramiento de la entidad bancaria. Pero es preciso acreditar que las manifestaciones que se hacen en las cuentas que se auditaron, y los datos que se difundieron con el folleto, no se corresponden con la imagen de solvencia que se pretendía transmitir con las mismas, ocultándose una coyuntura mucho más grave, que de haber sido conocido podría haber limitado la gran demanda que tuvo la oferta pública de suscripción de acciones, tal y como se ha recogido en §12.5.

QUINTO.- Valoración la prueba sobre la situación patrimonial de Banco Popular al realizarse la Oferta Pública de Suscripción de Acciones 24.- Dice el apelante que ha

tratado de acreditar que el banco emisor de las acciones ha presentado una información incompleta, que ocultaba su mala situación, con el fin de cubrir la ampliación de capital que pretendía superar su crisis. Señala como demostración de lo que afirma las propias cuentas anuales del banco, que se presentaron como favorables en más de 2.000 millones de euros cuando se deposita el folleto, para una vez suscrita la ampliación de capital, transformarse y proclamar pérdidas superiores a 3.485 millones de euros.

25.- Efectivamente consta aportado por el propio banco que las cuentas del ejercicio 2016 (doc. nº 14 de la contestación para el tercer trimestre, folios 312 y ss, y nº 21 de la contestación para el cuarto trimestre, folios 342 y ss), que se someterán a censura de la junta general de accionistas recogen " una pérdida contable de 3.485 millones €", pues así se da a conocer en la nota de prensa de 3 de febrero de 2017, doc. nº 20 de la contestación a la demanda, folio 336 de los autos. Poco después, el 5 de mayo, se reconocen en otra nota de prensa " pérdidas de 137 millones € en el primer trimestre" de 2017, por el esfuerzo en provisiones inmobiliarias, como evidencia el doc. nº 27 de la contestación a la demanda, folios 379 y ss de los autos, refiriéndose al informe del primer trimestre de 2017, doc. nº 28 de la contestación a la demanda, folios 378 y ss de los autos.

26.- Con tales datos resulta que tras incorporar más de 2.500 millones de euros al capital social, merced a la ampliación de 2016, se comienzan a producir pérdidas que alcanzan 3.485 millones de euros al terminar ese mismo ejercicio. El folleto advertía, como declaró probado la sentencia de instancia en §12.4, sin que se haya combatido, que de producirse merma del valor de los activos inmobiliarios tal circunstancia "...

ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible...". El peor de los escenarios de los que advertía era ese, y sin embargo, las pérdidas que reflejan las cuentas anuales de 2016 son de 3.485 millones de euros. Esos datos son indicio de que, como sostiene el recurrente, la situación patrimonial de Banco Popular en el momento en que se emiten las acciones que representan la ampliación de capital no es la que proclamaban las cuentas auditadas por Price Waterhouse Cooper en el doc. nº 6 de la contestación, folios 279 y ss, publicitadas en el folleto informativo. Porque si fueran ciertas, la incorporación de capital que propicia la ampliación de junio no daría lugar al volumen de pérdidas del ejercicio 2016.

27.- Más que un acto propio, como sostiene el apelante, otro indicio que apunta a la incorrección de las cuentas que sirvieron para publicitar la oferta pública de suscripción de acciones del Banco Popular es el ofrecimiento que el adquirente del mismo tras su resolución, Banco de Santander, hizo a los antiguos accionistas. A él se refiere el hecho probado §12.6, que no ha sido cuestionado por las partes en esta alzada.

Si las cuentas que se publicitaron y el folleto que se difundió eran correctos, no se entiende la razón de que se ofrezcan "bonos de fidelización", denominados " obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, con el único requisito de que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander. Si la situación patrimonial dada a conocer a través del folleto nada

reprochable contenía, la exigencia de renunciar a unas acciones legales que no serían precedentes parece incoherente. Ese proceder añade otro indicio a los ya expuestos, que contribuye a la convicción de que las cuentas publicitadas reflejaban una situación patrimonial distinta a la real.

28.- Banco Popular sostiene que no es así, y que no se ha acreditado por el apelante que se ocultara la verdadera situación patrimonial del banco emisor de las acciones. Pero desde luego el demandante lo ha intentado, porque ha tratado de incorporar a los autos el informe de Deloitte al que se hace referencia en §12.14, sin que haya sido posible, al manifestar tal empresa que no la puede facilitar al ser propiedad de la JUR (folio 31 del rollo). El adquirente de las acciones trata de acreditar su aserto sin lograrlo y sin estar para él más cercana la fuente de prueba a que alude art. 217.7 LEC, viéndose privado de un informe que quizá contribuiría a esclarecer la verdadera situación patrimonial del banco antes y después de la oferta pública de suscripción de acciones.

SEXTO.- Sobre la apreciación del error 29.- Es posible, por tanto, apreciar la concurrencia de los requisitos para apreciar el error invalidante del consentimiento. Lo hay al ser sustancial (STS 10/2017, de 13 enero, rec. 1900/2013, o 89/2018, de 19 febrero, rec. 1388/2015), pues como dice el art. 1266 CCv debe recaer sobre " la sustancia de la cosa" o " sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Elemento esencial para realizar la inversión es conocer la verdadera situación patrimonial del emisor de las acciones que van a suscribirse, y todos los indicios apuntan a que no se facilitaron correctamente, por lo que el adquirente se representó una realidad diferente a la verdadera.

30.- Además el error es excusable (STS 741/2015, de 17 diciembre, rec. 2204/2012, 235/2016, de 8 abril 2016, rec. 3264/2012), en tanto el folleto (doc. nº 3 de la demanda, folios 51 y ss de los autos), no refleja la imagen fiel de la situación económico financiera del banco, mediante una información que el art. 37.1 TRLMV exige que permita, presentándose de forma fácilmente analizable y comprensible, que los inversores hagan "... 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". Por el contrario, el folleto proclama que al ser Banco Popular el " banco español con el negocio principal más rentable" (reverso folio 53), "las expectativas a medio plazo son positivas" (reverso folio 55), se retornará gradualmente " a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas..." (folio 59), sin denotar una situación de cuantiosas pérdidas. Como se dijo en la STS 24/2016, de 3 febrero, rec. 1990/2015, en el caso Bankia, la difusión del folleto con información que no recoge la verdadera situación patrimonial del banco impide al adquirente superar el error, que se convierte así en excusable.

31.- En este mismo sentido se ha pronunciado la SAP Asturias, Secc. 5ª, 334/2018, de 3 octubre, rec.

346/2018, que aprecia error en la adquisición al no cumplir Banco Popular " con el deber de información de modo claro, real y completo de su situación económica" (FJ 4º), lo que propicia " un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no lo era tal". Como en ese caso, la prueba practicada en éste, los indicios apreciados al

producirse inmediatamente una crisis que no procede de la retirada masiva de fondos, la aparente ocultación de la verdadera situación patrimonial del banco, el reconocimiento de la crisis inmediata a la ampliación de capital, la petición de renuncia a acciones para resarcir, y la prueba intentada y no obtenida por causas no imputables al adquirente de las acciones, permiten concluir que se incurrió en error que invalida el consentimiento y provoca la anulación de la operación de adquisición de las acciones.

SÉPTIMO.- De las consecuencias del error 32.- Apreciado el error que invalida el consentimiento, lo procedente será, como dice el art. 1301 CCv, que Banco Popular abone al cliente la cantidad invertida, 5.265 € más su interés legal desde el 22 de junio de 2016, momento en que se compraron las acciones, hasta la fecha de esta sentencia, sin perjuicio de aplicar el art. 576.1 LEC. A su vez el cliente restituirá los títulos, tal y como para otros casos se ha establecido por las STS 81/2003, de 11 de febrero, rec. 1835/1997, y STS 270/2017, de 14 mayo, rec. 267/2015.

33.- No es preciso analizar el resto de acciones ejercitadas puesto que se plantearon por el apelante tras la que ahora ha sido acogida. La estimación del recurso supone la estimación íntegra de la demanda, que acarrea la condena en costas del demandado como dispone el art. 394.1 LEC.

OCTAVO.- Depósito para recurrir 34.- Conforme a la DA 15ª.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede decretar la restitución al apelante del depósito consignado para recurrir.

NOVENO.- Costas 35.- A la vista del art. 398.2 LEC, no se hace condena al pago de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad jurisdiccional concedida por la soberanía popular y en nombre del Rey

FALLO:

I.- ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a LEYRE CAÑAS LUZARRAGA, en nombre y representación de D. Apolonio , frente a la sentencia de 19 de enero 2018 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Bilbao en el Juicio Verbal nº 956/2017, que se mantiene en idénticos términos.

II.- REVOCAR la anterior resolución, y en su lugar, estimar íntegramente la demanda formulada D^a LEYRE CAÑAS LUZARRAGAA, en nombre y representación de D. Apolonio , y condenar a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., a: 1.- Abonar a D. Apolonio la cantidad de 5.265 euros.

2.- Abonar a D. Apolonio interés legal de la cantidad de 5.265 euros desde el 22 de junio de 2016 hasta hoy.

3.- Abonar a D. Apolonio interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción del primero, de la cantidad que resulte de sumar los dos anteriores apartados.

4.- Condenar a Banco Popular Español, S.A. al pago de las costas del procedimiento en primera instancia.

III.- DECRETAR la restitución para el apelante del depósito consignado para recurrir, al que se dará el destino legal.

IV.- NO HACER CONDENAS al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACION: Frente a la presente resolución no cabe recurso en atención a lo dispuesto desde el ATS 23 febrero 2013, rec. 247/2012, reiterados últimamente en los ATS 13 julio 2016, rec. 2831/2014, 20 octubre 2016, rec. 2338/2014, 14 noviembre 2018, rec. 1646/2016, entre muchos otros.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la firma y leída por el mismo el día 28 de noviembre de 2018, de lo que yo la Letrada de la Admón. de justicia certifico.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN SEKZIOA BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001 Tel.: 94-4016665 Fax / Faxes: 94-4016992 NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/030065 NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0030065 Recurso apelación juicio verbal LEC 2000 / Hitz.jud.ap.2L 524/2018 - I O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de Primera Instancia nº1 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 1 zk.ko Epaitegia Autos de Juicio verbal 956/2017 (e)ko autoak Recurrente / Errekurtsogilea: D. Apolonio Procuradora/ Prokuradorea: Dª LEYRE CAÑAS LUZARRAGA Abogado / Abokatua: D. AITOR GUIASOLA PAREDES Recurrido / Errekurritua: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador / Prokuradorea: D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA Abogado/ Abokatua: D. JULIO GARCIA-BRAGA FERNANDEZ S E N T E N C I A N.º 811/2018 TRIBUNAL QUE LA DICTA: MAGISTRADO: D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI En Bilbao (Bizkaia), a veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por el Ilmo. Sr. Magistrado citado, ha visto el rollo de apelación nº 524/2016 los presentes autos civiles de Juicio Verbal nº 956/2017 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Bilbao, promovido por D. Apolonio , apelante-demandante, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª LEYRE CAÑAS LUZARRAGA, asistida del letrado D. AITOR GUIASOLA PAREDES, frente a la sentencia de 19 de enero de 2018. Es parte apelada-demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. RAFAEL EGUIDAZU BUERBA, asistido del letrado D. JULIO GARCÍA-BRAGA FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO 1.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Bilbao se dictó en autos de Juicio Verbal nº 956/2017 sentencia de 19 de enero de 2018, cuyo fallo establece: "DESESTIMAR la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Leyre Cañas Luzarraga, en nombre y representación de D. Apolonio contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A." 2.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de D.

Apolonio , en el que se alegaba: 2.1.- Infracción de los arts. 1266 y ss del Código Civil y errónea valoración de la prueba por no apreciar que se produjo falta de información determinante para formar el consentimiento con conocimiento suficiente de la real situación financiera el oferente de las acciones del Banco Popular Español, S.A.

2.2.- Infracción del art. 1269 del Código Civil y errónea valoración de la prueba por no apreciar que Banco Popular Español, S.A. se condujo con dolo para convencer al apelante para suscribir la oferta pública de suscripción de acciones de 2016.

2.3.- Infracción del art. 6.1 del Código Civil por no apreciar la nulidad radical del contrato por incumplimiento de la normativa bancaria.

2.4.- Infracción legal por no apreciar que el producto adquirido es complejo, la condición de minorista del inversor, y la doctrina de los actos propios por haber reconocido su responsabilidad al ofrecerse al apelante un "bono de fidelización".

3.- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 27 de febrero de 2018, dándose traslado la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., que se opuso al mismo, tras lo cual se elevan los autos a esta Audiencia Provincial.

4.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 26 de marzo se mandó formar el Rollo de apelación, al que ha correspondido el nº 524/2018 de Registro, y turnarse la ponencia al Magistrado D.

EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, dictándose auto admitiendo la prueba documental propuesta por la parte apelante el día 5 de mayo.

5.- El auto fue recurrido por la representación de Banco Popular Español, S.A., y tras impugnarse por la parte apelante se desestima por auto de 6 de junio.

6.- Practicada la prueba la parte apelada aportó sentencia sobre el mismo asunto dictada por otra Audiencia, del que se dio traslado a la otra parte para alegaciones, señalándose para dictar el fallo el siguiente día 25 de de septiembre.

7.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre los términos del litigio 8.- D. Apolonio presentó demanda frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., alegando que concurrió a la oferta pública de suscripción de acciones que corresponde a la ampliación de capital que dicha entidad realizó en 2016, para la que se había emitido un folleto informativo publicado en la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), que sugería dividendos para 2017 y ofrecía una entidad que ilusionaba al inversor, capaz de generar beneficios para sus accionistas. El demandante adquiere el 22 de junio de 2016 acciones por valor de 5.265 €. En febrero de 2017 el cierre del ejercicio anterior reflejaba pérdidas superiores a 3.485 millones de euros, y en junio de 2017 la entidad es resuelta por el FROB, realizándose una operación acordeón que dejó reducida a valor cero su participación. Considera el actor que ha habido vulneración de normas imperativas, que se ha incurrido en dolo y/o error que vicia el consentimiento, y que es procedente la condena a la demandada a reintegrar la cantidad que satisfizo, más intereses y costas.

9.- Banco Popular Español, S.A. se opone alegando que el producto adquirido son acciones, de funcionamiento conocido y sencillo, que los problemas que atravesó el banco no se debieron a que se presentara una situación financiera incierta sino a la retirada masiva de depósitos ocurrida muchos meses después de la adquisición de las acciones, que el riesgo de la inversión no puede desplazarse al banco, que el folleto se ajustaba a la realidad, que no se vulneraron normas imperativas, que no hay justificación para el dolo o el error pretendido, y que por todo ello, y lo demás que esgrime, procede la desestimación de la demanda.

10.- La sentencia desestima la pretensión porque considera que no hay nulidad por incumplimiento del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y por tanto no es de aplicación del art. 6.3 del Código Civil (CCv), y tampoco aprecia vicios de consentimiento, sea dolo u error, por considerar que no hay prueba de que el folleto contuviera datos erróneos, no hay reformulación de las cuentas como en el caso de Bankia, por lo que ante tal falta de acreditación desestima la demanda, sin imponer las costas por apreciar significativas dudas de hecho.

11.- El apelante cuestiona las conclusiones de la sentencia apelada porque entiende que la prueba permite alcanzar las conclusiones que postula en su demanda. Disiente de la valoración de la prueba y entiende que concurre infracción de las previsiones legales que regulan nulidad y anulabilidad del contrato, ya por infracción de normas imperativas del art. 6.3 CCv, ya de los arts. 1266 o 1269 CCv, exponiendo los motivos que se han resumido en §2. Por el contrario la parte apelada se opone al recurso, solicitando su desestimación, reiterando como en la instancia que no se ha facilitado información incorrecta que justifique el vicio de voluntad, no se han vulnerado normas imperativas y es improcedente la pretensión.

SEGUNDO.- De los hechos probados.

12.- Son hechos que la sentencia de instancia declara expresamente probados por ser notorios, conforme al art. 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y que no han sido combatidos ni por el recurrente al apelar, ni por el apelado al contestar el recurso, los siguientes que se reproducen literalmente: 12.1.- En el 2016 Banco Popular tuvo problemas de capitalización, que trató de resolver mediante ampliación de capital que acordó en Junta General de 11 de abril de 2016 que fue ejecutada por el Consejo de Administración en mayo de 2016 por 2.505 millones de euros; previamente en el año 2012 se había realizado otra ampliación de capital.

12.2.- Sus cuentas habían sido auditadas por Pricewaterhouse (PwC) que indicó un patrimonio neto de 12.423 millones de euros y así se comunicó a la CNMV.

12.3.- El folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones fue depositado en la CNMV.

12.4.- En dicho folleto se advertía de una serie de riesgos de los valores como era el no poder pagar dividendos y la volatilidad e imprevistos que pueden conllevar significativos descensos. Además en su introducción se refería a la incertidumbre derivada de los procedimientos judiciales y reclamaciones judiciales, concretamente de los relativos a la Cláusula suelo, la entrada en vigor de la circular 4/2016, el crecimiento económico más débil, la preocupación por la rentabilidad financiera, la inestabilidad política; y se refería a las posiciones dudosas e inmobiliarias del grupo que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, lo que de ocurrir ocasionaría pérdidas contables previsible en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible. Añade el folleto que " Esta estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos". Así mismo aludía al entorno macroeconómico y sectorial y expresamente se refería a su inestabilidad y a una incertidumbre creciente y a nivel de España consideraba una ralentización de la economía. Exponía las ventas que a otras entidades se había realizado del negocio y concretaba (folio 9 y siguientes) como riesgos del negocio del grupo los derivados de la cláusula suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad que se generen pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el causado por los activos adquiridos en pago de deuda, la refinanciación, los riesgos derivados de la operativa sobre acciones propias, el riesgo de reputación...

Por último en el folleto se aludía al riesgo regulatorio y concretamente al MUR (riesgo de asignación de pérdidas por una autoridad administrativa que es lo que ha ocurrido).

12.5.- Entre el 28 de mayo y el 11 de junio de 2016 se hizo la oferta pública para acudir a la misma y que tuvo gran demanda (según diversos medios de comunicación hay una demanda de más del 35 % de lo ofrecido).

12.6.- Suscritas las acciones comienzan a cotizar en bolsa el 22 de junio de 2016, y a negociarse el día siguiente.

12.7.- Tras la ampliación capital y a pesar de ella se suscitan dudas sobre la solvencia de la entidad bancaria en los medios de comunicación que dan noticias poco atractivas como la posibilidad de aportar los inmuebles al banco malo, reestructurar la red de oficinas, asignar los beneficios a provisiones extraordinarias...

todo lo cual conduce a una crisis de liquidez.

12.8.- En febrero de 2017 se publican los resultados del Banco Popular del ejercicio anterior reconociendo pérdidas que casi alcanzan 3.500 millones de euros (informe anual que el banco cuelga en su página web).

12.9.- El día 3 de abril de 2017 se comunica por Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un hecho relevante, exponiendo que tiene que provisionar 123 millones de euros más para afrontar riesgos, provisionar otros 160 millones de euros por determinados créditos, dar de baja garantías y otros semejantes.

12.10.- El 11 de mayo de 2017 Banco Popular emite otra comunicación de hecho relevante a la CNMV en el que " niega categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco... ni la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos".

12.11.- El Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) el 6 de junio de 2017 " 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 la JUR decide el mismo día " 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", al valorar que el Banco Popular " 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". Ello supone que el Banco Popular sea la primera entidad bancaria europea declarada en resolución por las autoridades comunitarias.

12.12.- El FROB, el mismo día 7 de junio, dicta una resolución que conlleva que el 8 de junio de 2017 se amorticen las acciones y seguidamente se decretó su venta al Banco Santander por un (1) euro.

12.13.- La Decisión SRB/ees/2017708 de la JUR indica que " con carácter previo a la adopción de su decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar, ha recibido la

valoración realizada por un experto independiente... De la referida valoración resultan unos valores económicos que en el escenario central son de dos mil millones de euros negativos (2000) y en el más estresado de ocho mil doscientos (8.200) millones de euros negativos. La valoración... ha informado la decisión de la JUR sobre la adopción del instrumento de venta del negocio...".

12.14.- En los medios de comunicación se dice que hay un informe de DELOITTE que se refiere al valor del Banco Popular, pero que a diciembre de 2017 no es público y se indicaba por Rafaela , presidenta de la Junta Única de Resolución que no se iba a hacer público, porque podría comprometer la estabilidad financiera de la Unión Europea y dañar los intereses comerciales del Banco de Santander. Algunos medios de comunicación refieren que el informe contiene una valoración en tres escenarios. En el más perjudicial el valor de la entidad sería de -8.200 millones de €, en el intermedio - 2.000 millones de euros, y en el más favorable en 1.500 millones de euros positivos.

12.15.- La comisión de investigación del Congreso de los Diputados pidió el informe a la Unión Europea, pero no se facilitó por lo que se recurrió tal negativa de la JUR a facilitar el informe quien en fechas recientes ha indicado que lo hará público a los interesados.

12.16.- Mientras en septiembre el Banco Santander ha hecho una oferta a los antiguos accionistas de lo que se ha venido en llamar "bonos de fidelización", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, que se denominan " obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal". Si bien se solicita que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander.

12.17.- El 30 de octubre de 2017 un acreedor del Banco Popular solicitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid la declaración de concurso necesario de tal entidad, que se admitió a trámite y fue rechazada el 13 de noviembre.

12.18.- El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había admitido a trámite las tres primeras querellas por la ampliación de capital del Banco Popular en 2016. Dichas querellas se dirigían contra la propia entidad financiera, dos de los expresidentes y miembros de su Consejo de Administración, siendo investigados por falsedades societarias y administración desleal, contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida.

TERCERO.- Sobre los presupuestos para resolver 13.- El recurso de apelación se centra, esencialmente, en la afirmación de que existe error, cuestionando la valoración de la prueba de la sentencia recurrida. Lo hace exponiendo las razones por las que considera que la entidad bancaria había disimulado su verdadera situación patrimonial, que en plazo muy breve desde la oferta pública de suscripción de acciones le ha conducido a la desaparición. Añade que en su caso habría dolo, o incluso vulneración de normas imperativas, reiterando las tesis de la instancia.

14.- Como premisas para resolver se tendrá en cuenta, en primer lugar, que la acción ejercitada no se fundamenta en la responsabilidad por folleto a que alude el art. 38.1 del

RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV). El apelante funda su pretensión en una errónea representación de la situación económica y financiera de la entidad emisora, que entiende vicia su consentimiento por haberse presentado como favorable cuando era negativa, escamoteando información precisa sobre su verdadero estado, que de haberse conocido, le hubiera determinado a no suscribir las acciones. Por lo tanto, en el error del art. 1266 CCv, y en su caso, dolo o infracción de normas imperativas.

15.- En segundo lugar hay que resolver atendiendo a que las acciones no constituyen un producto complejo, ni de un riesgo desconocido o especial. Es un instrumento habitual para invertir, conocido con carácter general, que acarrea las incertidumbres propias de la oscilación de mercado. No son, por tanto, producto complejo en el sentido en que en la actualidad entiende el art. 217 TRLMV, por lo que las normas que obligan a facilitar información contractual suficiente no son de aplicación al caso, lo que no impide que cuando se publicita una determinada situación patrimonial, elementales deberes de buena fe, derivados tanto del principio general contenido en el art. 7.1 CCv, como del art. 1258 CCv para los contratos, supongan que no pueden escamotearse datos decisivos o presentarse de forma sesgada o incompleta, dando a entender una situación que no se corresponde con la realidad.

16.- Finalmente además de los hechos probados declarados en la instancia hay que añadir que está acreditado, por admitido por las partes, que D. Apolonio participó en la oferta pública de suscripción de acciones de Banco Popular referida a la ampliación de 2016, comprando el 22 de junio de 2016, en la oficina de dicha entidad de la calle Gordoniz nº 22 de Bilbao, acciones por valor de 5.265 €, que tras la resolución del banco han quedado reducidas a valor cero euros, sin que haya recibido ningún producto sustitutivo o indemnización.

CUARTO.- Sobre el error: la pretendida retirada masiva de fondos 17.- En el primer motivo del recurso el apelante sostiene que la prueba disponible debiera haber conducido a considerar acreditada la concurrencia del error vicio del consentimiento previsto en el art. 1266 CCv. Comparte con la sentencia recurrida que para apreciarlo lo decisivo es constatar si las cuentas del banco en el momento de acordar la ampliación de capital reflejaban la situación real de la entidad, pero discrepa en la valoración de la prueba, pues entiende que la disponible permite alcanzar dicha convicción, que la sentencia recurrida aparta por considerar dudoso lo afirmado, ya que podría haberse ocasionado, también, por la crisis de liquidez que el banco señala como causante de su posterior resolución.

18.- La sentencia de instancia descarta que haya error por considerar que la prueba no es concluyente respecto de la falta de veracidad del folleto que sirvió para diseminar la información sobre la ampliación de capital de Banco Popular en 2016, aportado como doc. nº 3 de la demanda, folios 51 y ss de los autos. Dice en su fundamento jurídico quinto que "... parece intuirse que las cuentas auditadas por PwC no se acomodaban a la realidad financiera de Banco Popular, por cuanto si el banco era solvente y tenía beneficios, no habría tenido que ser resuelto por la JUR...", pero que "... la realidad puede ser más compleja, ya que se dice también por los medios de comunicación, que lo que motivó esta decisión fue la fuga de depósitos de los últimos meses...", como declara probado en §12.7. Aplicando entonces las reglas del art. 217 LEC entiende que el actor no ha acreditado que haya información errónea o inveraz, lo que determina la

desestimación de la demanda, como en una situación semejante, y también por falta de prueba, ha decidido la SAP Asturias, Secc.

6ª, 298/2018, de 16 de julio, rec. 282/2018.

19.- Las cuentas del banco y el folleto, al momento de acometerse la ampliación de capital que da lugar a la oferta pública de adquisición de acciones, permiten difundir públicamente una información que tenían en cuenta los inversores para decidirse a suscribirla. Este efecto de "diseminación" de la información que se facilita en el folleto de una oferta pública de esta clase se ha puesto de manifiesto en STS 23/2016, de 3 febrero, rec. 541/2015. De manera que leído o no el folleto por el adquirente, lo que propició el folleto es un conocimiento general de la situación de la entidad, de los riesgos que apuntaba, y de las expectativas que sugería.

20.- Si las cuentas y el folleto facilitan datos correctos, no hay base para el pretendido error. Pero mantiene el apelante, con apoyo en los hechos probados de la sentencia recurrida, que en apenas un año una entidad que se presentaba solvente desapareció. Donde había expectativas de beneficios y dividendos, se pasa a pérdidas de tal magnitud que han supuesto la resolución del banco. Esa desaparición no tiene que ver, dice el apelante, con la retirada masiva de fondos, sino que es consecuencia de una comprometida situación patrimonial que se ocultó para capitalizar el banco con aportaciones de los suscriptores de la ampliación de capital.

21.- Las comprensibles dudas que se plantea la sentencia recurrida se basan en que la descapitalización de la sociedad podría ser causada por la retirada masiva de fondos, declarada probada en §12.7, en lugar de por una situación patrimonial comprometida. Tal tesis se mantiene igualmente por la parte apelada. Sin embargo no parece que pueda considerarse que la retirada masiva de fondos, que ahora se esgrime como causa principal de la resolución del banco, se haya acreditado. Al contrario, la comunicación de un hecho relevante que verifica Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 11 de mayo de 2017, que se aportó como doc. nº 7 de la demanda (folio 73 de los autos), lo que afirma es que "es falso igualmente que haya datos de la Asociación Española de Banca que manifiesten que el banco perdiera 6.000 millones de euros de depósitos en el mes de Enero".

22.- El propio Banco Popular, menos de un mes antes de su resolución por la JUR, asegura que no hay retirada masiva de depósitos, comunicándolo como hecho relevante a la CNMV. Parece, por tanto, que la explicación de las dificultades patrimoniales de la entidad emisora de las acciones no puede tener como origen una retirada importante de fondos, que indudablemente hubo, ya que se protestaba por el propio Banco Popular en sentido contrario tres semanas antes de su venta a un tercero. La incertidumbre que recoge la sentencia de instancia debe ser matizada, ya que la prueba documental citada, pues no hay otra salvo las alegaciones del banco apelado, lo que pone de manifiesto es que hubo retirada de fondos, pero no masiva ni decisiva según el propio banco.

23.- Queda apartada, por tanto, la explicación que se sugería para justificar el claro empeoramiento de la entidad bancaria. Pero es preciso acreditar que las manifestaciones que se hacen en las cuentas que se auditaron, y los datos que se difundieron con el folleto, no se corresponden con la imagen de solvencia que se pretendía transmitir con las mismas, ocultándose una coyuntura mucho más grave, que de haber sido conocido

podría haber limitado la gran demanda que tuvo la oferta pública de suscripción de acciones, tal y como se ha recogido en §12.5.

QUINTO.- Valoración la prueba sobre la situación patrimonial de Banco Popular al realizarse la Oferta Pública de Suscripción de Acciones 24.- Dice el apelante que ha tratado de acreditar que el banco emisor de las acciones ha presentado una información incompleta, que ocultaba su mala situación, con el fin de cubrir la ampliación de capital que pretendía superar su crisis. Señala como demostración de lo que afirma las propias cuentas anuales del banco, que se presentaron como favorables en más de 2.000 millones de euros cuando se deposita el folleto, para una vez suscrita la ampliación de capital, transformarse y proclamar pérdidas superiores a 3.485 millones de euros.

25.- Efectivamente consta aportado por el propio banco que las cuentas del ejercicio 2016 (doc. nº 14 de la contestación para el tercer trimestre, folios 312 y ss, y nº 21 de la contestación para el cuarto trimestre, folios 342 y ss), que se someterán a censura de la junta general de accionistas recogen " una pérdida contable de 3.485 millones €", pues así se da a conocer en la nota de prensa de 3 de febrero de 2017, doc. nº 20 de la contestación a la demanda, folio 336 de los autos. Poco después, el 5 de mayo, se reconocen en otra nota de prensa " pérdidas de 137 millones € en el primer trimestre" de 2017, por el esfuerzo en provisiones inmobiliarias, como evidencia el doc. nº 27 de la contestación a la demanda, folios 379 y ss de los autos, refiriéndose al informe del primer trimestre de 2017, doc. nº 28 de la contestación a la demanda, folios 378 y ss de los autos.

26.- Con tales datos resulta que tras incorporar más de 2.500 millones de euros al capital social, merced a la ampliación de 2016, se comienzan a producir pérdidas que alcanzan 3.485 millones de euros al terminar ese mismo ejercicio. El folleto advertía, como declaró probado la sentencia de instancia en §12.4, sin que se haya combatido, que de producirse merma del valor de los activos inmobiliarios tal circunstancia "...

ocasionaría pérdidas contables previsibles en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían cubiertas por el aumento de capital, así como una suspensión del dividendo a repartir para afrontar el entorno con la mayor solidez posible...". El peor de los escenarios de los que advertía era ese, y sin embargo, las pérdidas que reflejan las cuentas anuales de 2016 son de 3.485 millones de euros. Esos datos son indicio de que, como sostiene el recurrente, la situación patrimonial de Banco Popular en el momento en que se emiten las acciones que representan la ampliación de capital no es la que proclamaban las cuentas auditadas por Price Waterhouse Cooper en el doc. nº 6 de la contestación, folios 279 y ss, publicitadas en el folleto informativo. Porque si fueran ciertas, la incorporación de capital que propicia la ampliación de junio no daría lugar al volumen de pérdidas del ejercicio 2016.

27.- Más que un acto propio, como sostiene el apelante, otro indicio que apunta a la incorrección de las cuentas que sirvieron para publicitar la oferta pública de suscripción de acciones del Banco Popular es el ofrecimiento que el adquirente del mismo tras su resolución, Banco de Santander, hizo a los antiguos accionistas. A él se refiere el hecho probado §12.6, que no ha sido cuestionado por las partes en esta alzada.

Si las cuentas que se publicitaron y el folleto que se difundió eran correctos, no se entiende la razón de que se ofrezcan "bonos de fidelización", denominados "

obligaciones perpetuas contingentemente amortizables del Santander con 100 euros de valor nominal", cuyo importe es un porcentaje que depende del importe de la inversión, y varía entre un 50 y un 75 %, con derecho a interés anual del 1 %, no rescatable, con el único requisito de que a cambio se renuncie a emprender cualquier acción legal frente al Banco de Santander. Si la situación patrimonial dada a conocer a través del folleto nada reprochable contenía, la exigencia de renunciar a unas acciones legales que no serían procedentes parece incoherente. Ese proceder añade otro indicio a los ya expuestos, que contribuye a la convicción de que las cuentas publicitadas reflejaban una situación patrimonial distinta a la real.

28.- Banco Popular sostiene que no es así, y que no se ha acreditado por el apelante que se ocultara la verdadera situación patrimonial del banco emisor de las acciones. Pero desde luego el demandante lo ha intentado, porque ha tratado de incorporar a los autos el informe de Deloitte al que se hace referencia en §12.14, sin que haya sido posible, al manifestar tal empresa que no la puede facilitar al ser propiedad de la JUR (folio 31 del rollo). El adquirente de las acciones trata de acreditar su aserto sin lograrlo y sin estar para él más cercana la fuente de prueba a que alude art. 217.7 LEC, viéndose privado de un informe que quizá contribuiría a esclarecer la verdadera situación patrimonial del banco antes y después de la oferta pública de suscripción de acciones.

SEXTO.- Sobre la apreciación del error 29.- Es posible, por tanto, apreciar la concurrencia de los requisitos para apreciar el error invalidante del consentimiento. Lo hay al ser sustancial (STS 10/2017, de 13 enero, rec. 1900/2013, o 89/2018, de 19 febrero, rec. 1388/2015), pues como dice el art. 1266 CCv debe recaer sobre " la sustancia de la cosa" o " sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Elemento esencial para realizar la inversión es conocer la verdadera situación patrimonial del emisor de las acciones que van a suscribirse, y todos los indicios apuntan a que no se facilitaron correctamente, por lo que el adquirente se representó una realidad diferente a la verdadera.

30.- Además el error es excusable (STS 741/2015, de 17 diciembre, rec. 2204/2012, 235/2016, de 8 abril 2016, rec. 3264/2012), en tanto el folleto (doc. nº 3 de la demanda, folios 51 y ss de los autos), no refleja la imagen fiel de la situación económico financiera del banco, mediante una información que el art. 37.1 TRLMV exige que permita, presentándose de forma fácilmente analizable y comprensible, que los inversores hagan "... 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". Por el contrario, el folleto proclama que al ser Banco Popular el " banco español con el negocio principal más rentable" (reverso folio 53), "las expectativas a medio plazo son positivas" (reverso folio 55), se retornará gradualmente " a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas..." (folio 59), sin denotar una situación de cuantiosas pérdidas. Como se dijo en la STS 24/2016, de 3 febrero, rec. 1990/2015, en el caso Bankia, la difusión del folleto con información que no recoge la verdadera situación patrimonial del banco impide al adquirente superar el error, que se convierte así en excusable.

31.- En este mismo sentido se ha pronunciado la SAP Asturias, Secc. 5ª, 334/2018, de 3 octubre, rec.

346/2018, que aprecia error en la adquisición al no cumplir Banco Popular " con el deber de información de modo claro, real y completo de su situación económica" (FJ 4º), lo que propicia " un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no lo era tal". Como en ese caso, la prueba practicada en éste, los indicios apreciados al producirse inmediatamente una crisis que no procede de la retirada masiva de fondos, la aparente ocultación de la verdadera situación patrimonial del banco, el reconocimiento de la crisis inmediata a la ampliación de capital, la petición de renuncia a acciones para resarcir, y la prueba intentada y no obtenida por causas no imputables al adquirente de las acciones, permiten concluir que se incurrió en error que invalida el consentimiento y provoca la anulación de la operación de adquisición de las acciones.

SÉPTIMO.- De las consecuencias del error 32.- Apreciado el error que invalida el consentimiento, lo procedente será, como dice el art. 1301 CCv, que Banco Popular abone al cliente la cantidad invertida, 5.265 € más su interés legal desde el 22 de junio de 2016, momento en que se compraron las acciones, hasta la fecha de esta sentencia, sin perjuicio de aplicar el art. 576.1 LEC. A su vez el cliente restituirá los títulos, tal y como para otros casos se ha establecido por las STS 81/2003, de 11 de febrero, rec. 1835/1997, y STS 270/2017, de 14 mayo, rec. 267/2015.

33.- No es preciso analizar el resto de acciones ejercitadas puesto que se plantearon por el apelante tras la que ahora ha sido acogida. La estimación del recurso supone la estimación íntegra de la demanda, que acarrea la condena en costas del demandado como dispone el art. 394.1 LEC.

OCTAVO.- Depósito para recurrir 34.- Conforme a la DA 15ª.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede decretar la restitución al apelante del depósito consignado para recurrir.

NOVENO.- Costas 35.- A la vista del art. 398.2 LEC, no se hace condena al pago de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad jurisdiccional concedida por la soberanía popular y en nombre del Rey

FALLO:

I.- ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Dª LEYRE CAÑAS LUZARRAGA, en nombre y representación de D. Apolonio , frente a la sentencia de 19 de enero 2018 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Bilbao en el Juicio Verbal nº 956/2017, que se mantiene en idénticos términos.

II.- REVOCAR la anterior resolución, y en su lugar, estimar íntegramente la demanda formulada Dª LEYRE CAÑAS LUZARRAGAA, en nombre y representación de D. Apolonio , y condenar a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., a: 1.- Abonar a D. Apolonio la cantidad de 5.265 euros.

2.- Abonar a D. Apolonio interés legal de la cantidad de 5.265 euros desde el 22 de junio de 2016 hasta hoy.

3.- Abonar a D. Apolonio interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción del primero, de la cantidad que resulte de sumar los dos anteriores apartados.

4.- Condenar a Banco Popular Español, S.A. al pago de las costas del procedimiento en primera instancia.

III.- DECRETAR la restitución para el apelante del depósito consignado para recurrir, al que se dará el destino legal.

IV.- NO HACER CONDENA al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACION: Frente a la presente resolución no cabe recurso en atención a lo dispuesto desde el ATS 23 febrero 2013, rec. 247/2012, reiterados últimamente en los ATS 13 julio 2016, rec. 2831/2014, 20 octubre 2016, rec. 2338/2014, 14 noviembre 2018, rec. 1646/2016, entre muchos otros.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la firma y leída por el mismo el día 28 de noviembre de 2018, de lo que yo la Letrada de la Admón. de justicia certifico.

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