



Roj: **SAP O 1369/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1369**

Id Cendoj: **33044370042019100146**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **02/04/2019**

Nº de Recurso: **64/2019**

Nº de Resolución: **132/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00132/2019

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

Equipo/usuario: JMI

N.I.G. 33034 41 1 2018 0000331

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000064 /2019

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000272 /2018

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: RAQUEL SARRION ALCANTUD

Recurrido: Jesús Carlos

Procurador: MANUEL GARROTE BARBON

Abogado: RUBEN CUETO VALLVERDU

NÚMERO 132

En OVIEDO, a dos de Abril de dos mil diecinueve, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Juan Carlos Llavona Calderón, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **64/2019**, en autos de JUICIO ORDINARIO N° 272/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Luarca-Valdés, promovido por **BANCO SANTANDER, S.A. (antes Banco Popular)**, demandada en primera instancia, contra **D. Jesús Carlos**, demandante en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de Luarca-Valdés se dictó Sentencia con fecha doce de Diciembre de dos mil dieciocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ESTIMANDO la demanda interpuesta por DON Jesús Carlos representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Garrote Barbón y defendido por el Letrado Don Rubén Cueto Vallverdú, en ejercicio de acción de nulidad del contrato de adquisición de derechos y suscripción de acciones de Banco Popular representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez Álvarez y defendida por el Letrado Don Javier Grueiro García DECRETANDO la nulidad de pleno derecho y dejando sin efecto el contrato de adquisición de derechos (NUM000) y suscripción de acciones Banco Popular (NUM001) de fecha 7 de junio de 2016, establecidos entre BANCO POPULAR SA y DON Jesús Carlos por haber concurrido en la formación vicio de el consentimiento, condenando a BANCO POPULAR S.A. (ahora BANCO SANTANDER) a devolver el nominal invertido menos los intereses o cupones abonados al demandante como rentabilidad de los activos, más el interés legal del importe abonado por cada activo y de las sucesivas comisiones valorado en 120.600,90 Euros desde la fecha de cargo en cuenta, hasta la fecha de la sentencia, devengando a partir de ese momento el interés previsto en el artículo 576 de la LEC . Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día diecinueve de Marzo de dos mil diecinueve.-

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda, al considerar que el contrato de adquisición de derechos y suscripción de acciones del Banco Popular Español SA, concertado entre los litigantes el 7 de junio de 2.016, es fruto de un error, invencible, justificable y que recae sobre elementos esenciales del contrato a saber, la verdadera situación económica de la entidad bancaria, que procedía a la ampliación del capital vía emisión de nuevas acciones. Error generado por la información parcial, sesgada, acerca de su verdadera situación económica, facilitada, por la entidad bancaria a los futuros inversores. En consecuencia, anula el contrato y condena a Banco Popular SA, ahora Banco Santander, a devolver el nominal invertido menos los intereses o cupones abonados al demandante como rentabilidad de los activos, más el interés legal del importe abonado por cada activo y de las sucesivas comisiones valorado en 120.600'90 Euros, desde la fecha de cargo en cuenta, hasta la fecha de la sentencia, devengando a partir de ese momento el interés previsto en el artículo 576 de la LEC . Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Pronunciamiento apelado por la entidad bancaria demandada.

SEGUNDO.- La resolución del presente recurso ha de partir de los siguientes hechos:

1º.- El contrato cuya anulación se insta consiste en la suscripción por un particular, minorista, de títulos valores, nuevas acciones del Banco Popular Español emitidas con motivo de la ampliación de capital aprobada en Junta General Ordinaria de Accionistas celebrada el 11 de abril de 2.016 que faculta al Consejo de Administración para realizar los trámites necesarios a efectos de ampliar el capital.

La sentencia de instancia, en el fundamento de derecho tercero, con remisión al artículo 30 de la Ley del Mercado de Valores , actual artículo 35, párrafo 1º del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2.015 de 23 de octubre recoge en qué consiste la oferta pública de venta o suscripción de valores.

En virtud de esa suscripción de acciones, el demandante invierte en un producto de renta variable. Entra a formar parte, como accionista, de la entidad que emite esas acciones y el resultado futuro de su inversión depende de la evolución de la empresa o entidad de la que es accionista.

2º.- La suscripción, adquisición de acciones como inversión financiera, no entraña mayores dudas o conocimientos financieros . Es conocido por cualquier ciudadano medio que el valor, rentabilidad de la acción, si lo es de una empresa que cotiza en bolsa dependerá de las fluctuaciones de esa cotización. Si son acciones que se comercializan en otro mercado secundario, su evolución dependerá de la oferta por personas interesadas en su adquisición. En definitiva, como dice expresamente el artículo 217. 1 a) del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores , estamos ante un producto financiero no complejo en cuanto a su naturaleza y mecánica operativa; de ahí que no se exija una especial información respecto de esos extremos. No es de aplicación la normativa MIFID, a la que se hace referencia en la demanda.

3º.- Vista la mecánica operativa de las acciones, requisito necesario para la correcta formación de voluntad del adquirente, minorista, es, en este caso, que la entidad bancaria que va a realizar una oferta pública de venta



o suscripción de nuevas acciones, que conlleva una ampliación de capital, facilite información cierta, veraz, asequible al suscriptor, acerca de su situación económica; motivos que determinan la emisión de acciones, en particular cuando hablamos de una empresa que procede a ampliar el capital; riesgos que debe afrontar la empresa, posible evolución y previsiones de futuro que obedezcan a la realidad y no a meros sueños de fortuna; pues sólo así conociendo esos datos, entre otros relevantes, el adquirente puede valorar la conveniencia o no de realizar la inversión y el riesgo al que se expone y está dispuesto a asumir.

TERCERO.- Una oferta pública de venta o suscripción de nuevas acciones de una entidad bancaria exige como requisito previo la elaboración de un folleto informativo que debe ser aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Folleto informativo que debe reunir los requisitos regulados en el artículo 37 del Texto Refundido de la LMV y que debe permitir al inversor hacer una evaluación de la situación financiera, con la suficiente información de los activos y pasivos, beneficios y pérdidas; así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores.

En el apartado 3 de dicho artículo se prevé que el folleto se elabore de manera estandarizada, **de forma concisa y en un lenguaje no técnico**, proporcionando la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores. Además en el folleto y como información fundamental se habrá de incluir:

1º.- Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes incluidos los activos, pasivos y la situación.

2º.- Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor en los valores de que se trate, incluidos los derechos inherentes a los valores.

3º.- Las condiciones generales de la oferta, incluidos los gastos estimados impuestos al inversor por el emisor o el oferente.

4º.- Información sobre la admisión a cotización.

5º.- Los motivos de la oferta y el destino de los ingresos.

CUARTO.- El examen de la nota o folleto informativo con el que se comercializan las nuevas acciones adolece de la sencillez y claridad que prevé el precepto legal, empleando conceptos técnicos de difícil comprensión para un ciudadano medio y lo que es más relevante a efectos de la resolución del litigio no facilitaba una información que permitiera al cliente, minorista, llegar a saber la verdadera situación económica de la entidad bancaria ni su posible y probable evolución futura.

En la nota y folleto informativo se recogían datos tales como que la cifra total del patrimonio neto de la entidad en miles de euros era 12.423.184, en el primer trimestre del año 2.016. Se cifraban los fondos propios en miles de euros en 12.754,809 euros, en el primer trimestre del año 2.016 y referido a ese mismo periodo, primer trimestre del año 2.016, el resultado consolidado que declaraban era el de 93.611.000 de euros En el año 2.014 se habían declarado unos resultados consolidados de 329.901.000 de euros y en el año 2.015 habían bajado a 105.934.000 de euros. Los resultados declarados en el primer trimestre del año 2.016 hacían prever que ese año se volviera a resultados similares a los del año 2.014.

Como advertencia importante se recogían "incertidumbres que pudieran afectar a los niveles de cobertura". Entre esos factores reseñaba:

a) Entrada en vigor de la Circular 4/2.016, el 1 de octubre de ese año.

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 tanto nacionales como internacionales.

e) Incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones entabladas contra el grupo en concreto en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria.

A continuación se hacía referencia a que esos factores de riesgo aconsejaban aplicar criterios muy estrictos en la revisión de las posiciones dudosas e inmobiliarios que pudieran dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2.016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros. También se decía que de producirse esa situación ocasionaría previsiblemente, pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en el ejercicio 2.016 que "quedarían íntegramente cubiertas a efectos de solvencia por el Aumento de Capital". Contenía unos cuadros comparativos del negocio en los años 2.013/2.014/2.015/2.016.



Ahora bien, lo que en ningún momento se llega a informar a los nuevos suscriptores es acerca de los problemas de solvencia que venía afrontando la entidad bancaria desde el año 2.007, con motivo de la crisis económica, al ser el ámbito donde despliega su actividad empresarial principal, las PYMES y autónomos, sector económico que se ha visto seriamente afectado por dicha crisis.

Tampoco se hace especial referencia a la ampliación de capital realizada en el año 2.012, por importe de 2.500 millones de euros, que sin embargo acabó resultando insuficiente, pues el volumen de pérdidas que declaraba ese año, antes de impuestos era de 2.939 millones de euros.

Tampoco se hacía referencia a las cuentas anuales y memorias explicativas. Se omitía que en fecha 13 de abril de 2.015, la Junta General de Accionistas aprobó realizar cuatro ampliaciones de capital social mediante la emisión de acciones sin prima, con cargo a reservas voluntarias destinadas a retribuir al accionista.

Hemos de recordar que hablamos de un folleto, nota informativa, dirigido al inversor minorista, de quien no cabe presumir conocimientos financieros y a quien ha de facilitársele información sencilla, clara y asequible de la situación real del banco, de las previsiones futuras de su evolución, que obedezcan a la realidad, Y así dato relevante en esa información es dejarle claro que el banco no está repartiendo dividendos a los accionista y que sólo hay una posibilidad de proceder a ese reparto de dividendos en el año 2.017 dependiendo de su evolución futura.

Se le está presentando al banco como una entidad financiera solvente, en el primer semestre del año 2.016 tenía un resultado consolidado superior a los 93 millones de euros. Ciertamente se le advierte de que los valores contables pueden verse afectados por la aplicación de la circular 4/2.016, que se tenía que aplicar el 1 de octubre, pero no se le facilita información alguna acerca de cómo iba a incidir esa circular en la provisión de fondos. De hecho se pretende que la aplicación de esa circular, junto con otros factores fueron los que provocaron que el banco pasara de esos 93 millones de beneficios que declaraba en el primer trimestre de 2.016 a unos pérdidas a diciembre de 2.016 de 3.485 millones de euros, cuantía muy alejada de las previsiones favorables que cabía esperar por el resultado de las cuentas consolidadas declarada en el primer trimestre, e incluso de los 2.000 millones de pérdidas que se apuntaban y que iban a quedar cubiertos con la ampliación del capital.

Pérdidas que se vieron acentuadas cuando en el primer trimestre del año 2.017 se revisan las cuentas y se procede a su reexpresión. Y es que todo apunta a que la entidad bancaria venía arrastrando dificultades de solvencia desde años atrás, de manera que la ampliación de capital llevada a cabo en el año 2.012 pudo quedar insuficiente según declaró el Presidente del Banco de España en su comparecencia ante la Comisión de investigación de las Cortes.

A ello hemos de añadir que, según declara el perito de la demandante, y no se ve debidamente desvirtuado por el de la demandada, en la Nota con arreglo a la cual se comercializan las acciones se facilitan unos índices, ratios de operatividad del banco, con arreglo a los cuales hacerse una idea de la evolución futura favorable para el banco, de manera que se generaba en el inversor una previsiones razonables de rentabilidad, sin embargo, esas ratio no obedecían a la realidad.

Se recogía un ROTE, es decir, beneficio neto total después de impuestos/capital tangible que en el año 2.014 había sido de 2'64%, en el 2.015 había descendido al 1'20% y en marzo de 2.016 se decía era el 4'15%, si bien no se daba ninguna explicación acerca de tan importante incremento para cuya obtención se ocultaba la incidencia en el resultado del sector inmobiliario y las consecuencias negativas que implicaba en la rentabilidad de la empresa, agravadas por su incremento en los últimos años, de manera que de suponer el 25'41% del negocio en el año 2.012 había pasado en el año 2.015 a ser el 47'19%. Simultáneamente al incremento de peso del sector inmobiliario había disminuido la importancia de la Banca Comercial que de suponer el 59'959% en el año 2.012 pasó a ser el 30'79% en el 2.015, con lo que la exposición del banco a mayores riesgos se incrementa.

Según el perito de la demandante, otra ratio tergiversada por referirlo sólo al negocio principal es el ROA, esto es Beneficio neto antes de impuestos partido por activos totales medios, que en diciembre de 2.014 se decía era el 0'21%, en diciembre de 2.015 baja al 0'07% y en marzo de 2.016 se incrementa al 0'24 %.

Dato más asequible para un inversor minorista puede ser la ratio de eficiencia operativa, esto es la inversión o gasto que debe realizar una empresa para obtener un beneficio. En el folleto informativo se decía era de 38'90%, en tanto que en diciembre de 2.015 era el 46'74%. Lo cierto es que a 31 de diciembre de 2.016 fue del 66'79%, es decir del total invertido para obtener un determinado rendimiento se recuperaba un tercio.

Datos contables que inducían más a error si tenemos en cuenta que se comparaban con otras entidades bancarias sin identificar y resultaba que el Banco Popular era el más solvente y mejor posicionado.



Imprecisiones, en la nota, que no cabe entender queden justificadas por el hecho de que las cuentas hubieran sido auditadas por una empresa externa, pues ello no quiere decir que no quepa una posterior revisión y que como resultado de ello y de la aplicación de las necesarias correcciones pueda llegarse a conclusiones diferentes, como así ha sido,. De la misma manera la intervención de la CNMV aprobando el folleto de emisión no supone una santificación de la información facilitada, máxime cuando hay pruebas en autos que lo desvirtúa.

Es consciente este tribunal de que la evolución de una empresa, en particular una entidad bancaria, puede depender, en ocasiones, de circunstancias externas, coyunturales, ajenas a la misma, ahora bien, es la demandada quien debería facilitar una explicación lógica y creíble y no lo hace. La prueba pericial aportada por ella no es tal, sino que se limita a tratar de desvirtuar las conclusiones alcanzadas por el perito de la demandante pero no facilita información acerca de qué pudo determinar el volumen de insolvencia que presentaba el banco cuando intervino la JUR. La reexpresión de cuentas del año 2.016, llevada a cabo en el primer trimestre del año 2.017 y su publicación, provocó una retirada masiva de depósitos, si bien no en el importe deudor que presentaba en junio. Es más, la propia entidad bancaria le resta importancia, en el resultado final, de manera que el tribunal tampoco puede dársela. Lo cierto es que cuando la entidad bancaria publicita la ampliación de capital y nueva emisión de acciones, presenta una situación de solvencia que no obedece a la realidad, trasladando así a los futuros accionistas una visión errónea, sobre datos esenciales, error invencible para el suscriptor y que justifica la anulación del contrato por error en el consentimiento, artículo 1.266 del Código Civil.

La convicción jurídica anteriormente expuesta no entra en contradicción con lo que esta misma sala resolvió en sus sentencias de 17 de octubre de 2.018 y 6 de marzo de 2.019. En ambas se carecía de toda prueba para valorar la actuación de la entidad bancaria y en la primera además nos hallábamos ante la adquisición de acciones en el mercado secundario cuando ya se conocía la evolución negativa de las mismas.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a la parte apelante, artículo 398 nº 1 de la LEC.

En base a lo hasta aquí argumentado, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dicta el siguiente:

FALLO

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR BANCO SANTANDER SA, contra la sentencia dictada el doce de diciembre de dos mil dieciocho, por el Juzgado de Primera Instancia de Luarca, en el Juicio Ordinario N.º 272/2.018 Se confirma la sentencia imponiendo al apelante las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

En aplicación del apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, dese el destino legalmente previsto, al depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander **3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.**

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.