EDJ 2018/700309 SAP Álava de 28 diciembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 140/18 cuyoFALLOes del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMANDO la pretensión de nulidad formulada por [redacted] debo declarar y DECLARO LA NULIDAD DE LA ORDEN DE SUSCRIPCIÓN DE VALORES suscrito el 20 de junio de 2016, debiendo ambas partes restituirse las prestaciones recíprocas, y así:

A.- BANCO POPULAR deberá abonar a [redacted] la cantidad de1.170 euros, más el interés legal desde el 20 de junio de 2016 hasta la presente Sentencia.

B.- Por su parte, [redacted] restituirá a BANCO POPULAR los dividendos obtenidos desde el 20 de junio de 2016, incrementados desde la fecha de cada abono en el interés legal hasta la presente Sentencia.

C.- La cantidad resultante de los apartados anteriores devengará el interés legal elevado en dos puntos desde esta resolución y hasta el pago.

D.- Con expresa condena en costas BANCO POPULAR.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno."

Con fecha 23-05-18 se ditó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

1.- SE ACUERDA rectificar el pie de la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 8 de mayo de 2018 incluyéndose en el fallo el tipo de recurso que cabe contra la misma, como sigue:

MODO DE IMPUGNACIÓN:mediante recurso deAPELACIÓNante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo deVEINTE DÍAShábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria laconstitución de un depósitode 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0011 0000 04 0117 18., indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada alinterponerel recurso (DA 15ª de la LOPJ (EDL 1985/8754)).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

SEGUNDO.-Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación deBANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.,recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 12-06-18, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación

deD. Basilioescrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.-Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 09-07-18 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre, y por resolución de fecha 15-10-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el 6 de noviembre de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Pretende, la parte apelante, que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena a la parte demandada (sic) a las costas causadas en ambas instancias.

SEGUNDO.-Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que, además, irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, hemos de comenzar indicando que no apreciamos falta de legitimación pasiva de la ahora apelante, pues fue la emisora, en la ampliación de capital, de las acciones adquiridas por el ahora apelado en virtud de orden de valores cuya nulidad se pretende en el presente procedimiento, petición de nulidad que se basa en el proceder de la ahora apelante y no de Caikabank con quien suscribió la orden de valores el ahora apelado.

TERCERO.-Debemos continuar indicando que conforme tiene dicho el Tribunal Supremo, así, sentencia del Pleno de 3 de febrero de 2016, recurso nº 1990/2015 :

"-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 (EDL 2015/182875) , 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 (EDL 2010/112805)) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores (EDL 1988/12634)) 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 (EDJ 2013/263701), caso Alfred Hirmann 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)...".

CUARTO.-Partiendo de lo dispuesto en el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, cuyos términos íntegros no resulta necesario reproducir, procede dejar constancia de que establece 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-.

QUINTO.-Procede dejar, también, constancia de que, en el presente caso, la orden de valores es de fecha 30 de mayo de 2016, y de que al poco más de un año se produjo, no la reducción del valor nominal, sino la amortización de las acciones de las que era titular el demandante. Y, es que, con fecha 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución, la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 (EDL 2014/118276) por considerar que la ahora apelante no podía hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existían elementos objetivos que indicaban que no podría hacerlo en un futuro cercano, y la JUR en su decisión SRB/EES/2017/08 determinó que se cumplían las condiciones previstas en el artículo 18.1 del Reglamento (UE) número 806/2014, de 15 de julio (EDL 2014/118276), y acordó declarar la resolución de la entidad.

SEXTO.-La ahora parte apelante viene sosteniendo que se llegó a tal situación debido a las retiradas masivas de depósitos los días previos a la resolución.

Pero no cabe desconocer que, conforme a nota de prensa de la ahora apelante de 3 de febrero de 2017, la misma registró, a 31 de diciembre de 2016, una pérdida contable de 3.485 millones de euros; según la propia apelante, desde hacía años, la entidad se encontraba expuesta a particulares riesgos de diferente naturaleza, fundamentalmente debido a la depreciación sufrida por su extensa cartera de activos

inmobiliarios y a las exigencias de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora, y; no resulta de lo actuado que algo extraordinario hubiera acaecido desde mayo de 2016 (en la información relativa a la ampliación se recogían beneficios) hasta entonces.

Y, recogiéndose en los documentos 4 y 5 aportados juntamente con el escrito de contestación a la demanda, y básicamente a los efectos que nos ocupan, que:

- Banco Popular presentaba a 31 de diciembre de 2015 un ratio de CET1 del 13,11%, siendo el mínimo exigido para tal ejercicio el 10,25%, y que a diciembre de 2015, el ratio de apalancamiento phase era del 6,28 %, situándose por encima de los niveles mínimos del Comité de Basilea (3% del capital de nivel 1 sobre total balance);

- El banco estimaba que durante lo que restaba de 2016 existían determinados factores de incertidumbre y que tal escenario de incertidumbre, junto a las características de las exposiciones del grupo, aconsejaban aplicar criterios muy estrictos en la revisión de la posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros, añadiendo que, de producirse tal situación, ocasionaría previsiblemente pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros en el ejercicio 2016 (bastante menos de lo a posteriori acontecido), que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así con una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible, añadiendo, también que, tal estrategia iría acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos, asimismo que, el banco tenía la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el grupo informase de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas, y que, el banco había determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo de al menos 40% para 2018-

Consideramos que la ahora apelante ofreció, al realizarse la ampliación de capital, una imagen de solvencia que no era real.

Y, ello no queda desvirtuado porque las cuentas de la ampliación de capital fueran auditadas, como lo demuestra lo dicho en la reseñada sentencia del Tribunal Supremo sobre la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, ni tampoco por la supervisión de la CNMV del proceso de ampliación de capital, pues, tampoco, tal supervisión se presenta infalible como lo demuestra, por ejemplo, lo sucedido con Bankia.

SÉPTIMO.-Desprendiéndose, de lo hasta el momento expuesto, la representación equivocada del ahora apelado sobre la situación patrimonial y financiera de la ahora apelante, de la capacidad de obtención de beneficios de la ahora recurrente y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de la inversión, pues adquirió una acciones de una sociedad cuya situación y financiera no era la, por ésta última, expresada cuando se llevó a efecto la ampliación, estamos ante un error sustancial. Y, siendo tal error excusable pues no consta que el ahora apelado tuviera medios propios para obtener la debida información sobre la situación de la sociedad emisora, relevante para tomar la decisión inversora, y dado que no hacen falta especiales razonamientos para concluir que lo lógico es entender que de haber conocido, el ahora apelado, la real situación de la ahora apelante, no hubiera realizado la inversión pues los pequeños inversores 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, entendemos que el recurso de apelación ha de ser desestimado, y es que procede añadir que la decisión del ahora apelado de no vender las acciones es algo ajeno a lo que hemos tratado.

OCTAVO.-En relación a las costas de esta alzada, partiendo de lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C (EDL 2000/77463) . y dado el sentido y contenido de la presente sentencia, procede imponer las mismas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

DESESTIMARel recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A, representada por la Procuradora Sra. Carranceja, frente a la sentencia dictada, con fecha 8 de mayo de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad en el Juicio Ordinario seguido ante el mismo con el número 117/2018, del que este Rollo dimana, yCONFIRMARla misma, imponiendo las costas de esta alzada a la parte apelante.

MODO DE IMPUGNACIÓN:contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TS, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008 0000 00 1037 18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ (EDL 1985/8754)).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.-Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 01059370012018100493