

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO TRES DE DENIA

Plaza JAUME I,S/N
N.I.G.: 03063-42-1-2020-0004263

Procedimiento: Juicio Ordinario n.º 988/2020

SENTENCIA N.º 236/21.

En Dénia, a 2 de julio de 2021.

Vistos por mí, Javier Alba Marín, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Dénia y su partido, los presentes autos de juicio ordinario número 988/20 seguidos entre partes, de una y como demandante, la mercantil [REDACTED] S.L., representada por la procuradora doña [REDACTED] y bajo la dirección jurídica del letrado don Juan Pablo Palomar Pérez; y de otra, como demandada, la entidad Banco de Santander, S.A., representada por el procurador don [REDACTED] y asistida de la letrada doña [REDACTED] ha sido objeto del proceso una pretensión de nulidad contractual y, subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La procuradora doña [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] S.L., mediante escrito fechado el 30 de julio de 2020, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco de Santander, S.A., en la que interesaba la declaración de nulidad relativa o anulabilidad de los contratos de suscripción de acciones de la entidad Banco Popular, S.A., efectuadas el día 5 de diciembre de 2020 y 20 de junio de 2016, por vicio del consentimiento consistente en error y, o, dolo, con condena a la restitución de prestaciones; o, subsidiariamente, se condene a la demandada a indemnizar por daños y perjuicios, más intereses legales, todo ello con expresa imposición de costas.

Por decreto de fecha 16 de septiembre de 2020 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado a la demandada por veinte días para su contestación. La parte demandada cumplimentó el trámite mediante escrito de fecha 27 de enero de 2021, en el que suplicó la desestimación de la demanda con imposición de costas procesales.

Finalmente, mediante providencia de fecha 2 de febrero de 2021 quedó fijada, como fecha de celebración de la audiencia previa, el día 23 de marzo de 2021.

SEGUNDO. En la referida fecha comparecieron las partes en la forma descrita en el encabezamiento, y constatada la imposibilidad de que alcanzasen un acuerdo, continuó el acto para el cumplimiento del resto de sus fines.

En primer lugar, se resolvió sobre la solicitud de suspensión planteada por la demandada en su escrito de contestación: por prejudicialidad penal, por haberse planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por prejudicialidad civil, que fueron todas ellas desestimadas. Asimismo, se resolvió sobre la excepción procesal de cosa juzgada, igualmente de manera desestimatoria.

Abierto el trámite de proposición de prueba, la actora interesó la documental por reproducida, más documental que se admitió solo a modo de instructa, y [REDACTED] S.L., en la persona de don [REDACTED] de don [REDACTED]. La parte demandada solicitó la documental por reproducida y las testificales de doña Karina Mercedes Fuhr y de don Juan Bautista Almiñana Talens.

Se señaló, como fecha de celebración de la vista, tras una inicial suspensión, el día 28 de mayo de 2021.

Posteriormente, la parte demandada interesó, mediante escrito de 13 de mayo de 2021, la aportación de más documental, denegada por providencia de 17 de mayo de 2021 que, tras el oportuno recurso, fue confirmada por auto de fecha 27 de mayo de 2021.

En el acto del juicio se practicó la prueba propuesta, con el resultado que consta en el soporte audiovisual en el que se grabó el acto, tras lo cual ambas partes cumplieron el trámite de conclusiones y quedaron los autos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte demandante ejercita una acción de nulidad contractual y, subsidiariamente, de indemnización por daños y perjuicios, basada en los siguientes hechos: la sociedad [REDACTED] S.L. es una pequeña empresa, con la condición de cliente minorista, que en fecha 5 de noviembre de 2012 suscribió un total de 12 957 acciones de Banco Popular, S.A., que sería adquirida posteriormente por la demandada Banco de Santander, S.A., por un importe de 5197,76 euros y, más tarde, en fecha 20 de junio de 2016 otras 3341 acciones por la cantidad de 4176,25 euros.

La parte actora considera que Banco Popular, S.A., debido a la publicidad conferida a la oferta pública de suscripción, mostrando una situación económica y contable muy diferente a la real, provocó un error en el consentimiento prestado por el demandante, o logró este por medio de dolo, lo que generó un vicio en el consentimiento susceptible de motivar la anulación del contrato; o, en su caso, de modo subsidiario, resulta responsable civil por el incumplimiento del deber de información regulado en la Ley del Mercado de Valores, por lo que procedería la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Por las razones expresadas interesa: que se declare la anulabilidad o nulidad relativa del contrato de suscripción o adquisición de 12 957 acciones de nueva emisión de Banco Popular provenientes de la oferta pública de suscripción de acciones de 2012 suscritas en

fecha 5 de noviembre de 2012, por importe de 5195,76 euros, por adolecer de vicios del consentimiento por error y dolo y se condene a la demandada a la restitución de prestaciones, esto es, a pagar a la actora la cantidad de 5195,76 euros, con devolución de las acciones y de los importes procedentes de sus dividendos o venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita, más intereses legales del referido importe de 5195,76 euros, menos los intereses legales de los dividendos obtenidos.

Subsidiariamente, suplica que se declare que la demandada es responsable del incumplimiento del deber de información regulado en la Ley del Mercado de Valores y le condene a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos al importe resultante de la diferencia entre 5195,76 euros y los obtenidos de sus dividendos o venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita, más el interés legal de esta cantidad.

De forma acumulativa, se realizan iguales pedimentos en relación con el contrato de suscripción o adquisición de 3341 acciones procedentes de la oferta pública de acciones de mayo de 2016, suscritas por la actora en fecha 20 de junio de 2016.

Todo ello con expresa imposición de costas.

La parte demandada, la entidad Banco de Santander, S.A., se opone a las pretensiones deducidas de adverso, en síntesis, por los siguientes argumentos: la falta de legitimación activa de la demandante por renuncia suscrita en un acuerdo transaccional de fecha 15 de diciembre de 2017, unido a la suscripción de obligaciones de deuda denominadas bonos de fidelización; la falta de legitimación activa por amortización del capital social de Banco Popular a través del mecanismo legal previsto en la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito; la caducidad de la acción por vicio del consentimiento; la inexistencia de este, ya fuere error o dolo, por cuanto la información contable de Banco Popular no estaba falseada ni manipulada, la entidad fue solvente en todo momento y sus dificultades procedieron del agotamiento de su posición de liquidez; ser la demandante una inversora con criterio propio; haberse cumplido con todos los deberes de información societaria en relación con su situación financiera; así como la prescripción de la acción indemnizatoria y la improcedencia de la indemnización interesada de modo subsidiario.

Por los motivos expuestos, la entidad demandada suplica la desestimación de la demanda, con todas sus pretensiones, y la expresa imposición de costas procesales.

SEGUNDO. El primero de los argumentos defensivos esgrimidos por la parte demandada consiste en la falta de legitimación activa de la actora por dos motivos: haber renunciado al ejercicio de acciones en virtud de un convenio de fecha 15 de diciembre de 2017, y haberse procedido a la amortización del capital social de Banco Popular.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, ha de indicarse que la entidad demandada refiere en la página 26 y siguientes de su contestación que la mercantil actora, Roval Invers, S.L., suscribió el día 15 de diciembre de 2017 un acuerdo transaccional con Banco de Santander, S.A., por el que se pactaba la renuncia expresa a ejercitar acciones por

cualquier tipo de producto financiero que hubiera contratado con Banco Popular, y ello en virtud de la suscripción de obligaciones de deuda de la entidad demandada denominadas bonos de fidelización.

Adviértase, sin embargo, que a pesar de esa manifestación la demandada no acompañó a su escrito de contestación el documento en virtud del cual se había procedido a la renuncia de las acciones, por lo que tal hecho se halla huérfano de material probatorio. Es cierto que, en la tardía fecha de 13 de mayo de 2021, a escasas fechas de la celebración de la vista: el día 28 de mayo de 2021, se aportó un documento en tal sentido, que no fue admitido por las razones expresadas en la providencia de 17 de mayo y el posterior auto de 27 de mayo de 2021 que la confirmó, por lo que en ningún caso puede desplegar eficacia probatoria.

De otra parte, la existencia de tal acuerdo fue corroborada por el testigo don Juan Bautista Almiñana Talens, empleado de la sociedad demandada, mas tal declaración no se estima suficiente para entender acreditada la renuncia con los efectos interesados; por cuanto, sin perjuicio de ser emitida por quien, dada su dependencia laboral con la demandada, resulta razonable que comparta con esta una semejante percepción de los hechos, lo cierto que es que de su testimonio no se infiere los concretos términos de la renuncia y su virtualidad en relación con los hechos que nos ocupan.

A mayor abundamiento, ha de recordarse que, en relación con las cláusulas relativas a la renuncia al ejercicio de acciones, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2020, ha señalado que la cláusula de renuncia ha de cumplir ... *con las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula.*

Pues bien, en el caso que nos ocupa, si bien no puede procederse a un examen de la validez o eficacia de dicha cláusula, dado que no se dispone del documento en el que se incluyó, tampoco cabe negligir que el citado testigo refirió, sin ambages, que el documento de los bonos de fidelización estaban redactados por el banco, que el cliente no tenía posibilidad de negociación, ni se podía alterar su contenido, circunstancias que, indiciariamente, no se compadecen con las exigencias establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para admitir la validez de las cláusulas de renuncia a las acciones.

En definitiva, por las razones expuestas, el primero de los motivos sobre los que se basa la falta de legitimación activa ha de ser desestimado.

En segundo lugar, la demandada denuncia también la falta de legitimación activa de la demandante por razón de la amortización del capital social de Banco Popular a través del mecanismo legal previsto en la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito.

Pues bien, esta cuestión ha sido ya resuelta por la jurisprudencia, en este sentido la SAP de Alicante, sección 9ª, de fecha 12 de marzo de 2021, que señaló:

No obstante, dicha excepción va a ser rechazada en la presente resolución siguiendo el criterio mantenido en la SAP. Valencia (Sección 6ª) de 15 de octubre de 2020 en un procedimiento en el que, al igual que el presente, se solicitó la declaración de nulidad de contratos de adquisición de acciones con restitución del importe aportado por el actor más los intereses legales devengados desde la fecha de la adquisición, y subsidiariamente, que se declare que la entidad demandada incumplió sus obligaciones legales de información establecidas en la LMV, condenándola a indemnizar al actor en la misma cantidad por los daños y perjuicios sufridos, más los intereses legales.

La sentencia de primera instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de "Banco Santander" respecto de la acción de anulabilidad de los contratos y estimó la demanda en cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios formulada contra la entidad financiera Banco de Santander, declarando que había incumplido sus obligaciones legales de información establecidas por la LMV y condenándola a pagar la cantidad invertida más los intereses legales.

"Banco Santander" interpuso recurso de apelación planteando como primer motivo la imposibilidad de exigir daños y perjuicios al emisor al existir una norma especial que lo impide, como es la Ley 11/2015, de resolución de entidades de crédito.

Y, respecto de esta excepción, declara:

" Pero también debemos de establecer en un segundo orden de consideraciones que este Tribunal resolvió idéntica cuestión en el Rollo de apelación nº 251/2020, sentencia numero 321 dictada en fecha de 3-julio-2020 que:

" Quinto. Y también enlazando con lo anterior, sostiene la apelante que existiendo norma específica que imposibilita el resarcimiento (la Ley 11/2015 , se repite), a ésta hay que estar de tal forma que resulta imposible acudir a otros mecanismos resarcitorios: art. 1.101 del Código Civil , arts. 38 y 124 de la Ley del Mercado de Valores , etc., etc. Ello es, como se apuntaba, consecuencia de un principio básico, conocido y fundamental en nuestro Derecho: *lex specialis derogat generalis*. Además de que, de admitir la vigencia de las repetidas acciones resarcitorias generales, se vulneraría el espíritu y la letra de la Ley 11/2015, que no quiere que se paguen indemnizaciones a los accionistas afectados por un proceso de resolución.

Se trata de que la propia norma que conllevó la resolución de Banco Popular (la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito) establece con claridad paladina que, cuando se resuelva una entidad de crédito, no se pagará indemnización alguna a los accionistas, que es precisamente lo que pretende la parte actora, que se le pague una indemnización.

En concreto, así se señala en diversos preceptos (art. 25.8, 37.2.b) y c) y 39.2.c), destacando, por su claridad, el último de los citados:

<2. Cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital:

(...)

c) *No se pagará ninguna indemnización al titular de los instrumentos de capital, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3>.*

La Sala no comparte esta afirmación.

Según Doctrina del TJUE, plasmada en su sentencia de 19-12-2013 (asunto C-174/12, ROJ: PTJUE 250/2013 -ECLI:EU:C:2013:856), quienes demandan reclamando la indemnización por la pérdida derivada de las compras con base en información no veraz sobre la situación financiera del emisor no tienen la consideración de accionistas en cuanto a esta reclamación, sino de terceros, y también lo dijo el TS en la sentencia de 3-2-2016 a la que después nos referiremos.

Esa Sentencia del TJUE examinaba el caso de un inversor que había comprado acciones de una entidad financiera en Bolsa y luego se descubrió que esa sociedad había publicado información no veraz sobre su situación financiera; el inversor presentó una demanda en que solicitó la nulidad de la compra de las acciones a título indemnizatorio; el tribunal austríaco preguntó al TJUE si las directivas sobre protección del capital social impedían que se reconociese el derecho del inversor engañado a obtener una indemnización conforme a las directivas de protección de los inversores, especialmente la directiva folletos. El TJUE dijo que las Directivas aprobadas para proteger el capital social no se oponen al derecho del inversor a ser indemnizado, de modo que la sociedad emisora está obligada a reembolsarle el precio de adquisición de las acciones y hacerse cargo de éstas, diciendo:

<28 De ello se infiere que, como sostienen el Sr. Ángel, los Gobiernos austriaco y portugués, y la Comisión Europea, las disposiciones controvertidas de la Segunda Directiva no pueden oponerse a una normativa nacional que consagra el principio de la responsabilidad de las sociedades emisoras por la divulgación de información inexacta con infracción de la legislación relativa al mercado de capitales y que establece que, como consecuencia de esa responsabilidad, dichas sociedades están obligadas a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas>.

Y apuntó, a continuación, a que existe una relación contractual entre la sociedad y el inversor, la propia de la sociedad, a raíz de la compra de las acciones, pero la responsabilidad no procede de ese contrato sino de la compra por la que se entra en la sociedad, y dice:

<29 En efecto, en tal supuesto, la responsabilidad de la sociedad de que se trate frente a los inversores -que también son sus accionistas-, como consecuencia de las irregularidades cometidas por dicha sociedad con anterioridad a la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas, no dimana del contrato de sociedad ni se refiere únicamente a las relaciones internas en el seno de dicha sociedad. Se trata, en ese caso, de una responsabilidad que procede del contrato de adquisición de acciones >.

Y con fundamento en las directivas europeas de la reclamación al emisor, que tratándose de una compra en Bolsa ha de ser el art. 7 de la Directiva de Transparencia:

<35 Por otra parte, de la resolución de remisión, y más específicamente del tenor de las cuestiones prejudiciales, resulta que la normativa nacional controvertida en el litigio principal pretende transponer al ordenamiento jurídico nacional los artículos 6 y 25 de la Directiva "folleto", 7, 17 y 28 de la Directiva "transparencia" y 14 de la Directiva "abuso del mercado">.

36 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva "folleto" establece, en particular, que los Estados miembros se asegurarán de que la responsabilidad de la información que figura en un folleto recaiga al menos en los emisores.

37 Además, el artículo 7 de la Directiva "transparencia" dispone que los Estados miembros se asegurarán de que la responsabilidad de la elaboración y publicación de la información de conformidad con esa Directiva recaiga al menos sobre el emisor. Según el artículo 17, apartado 1, de esa Directiva, dicho emisor garantizará el mismo trato a todos los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas.

38 Hay que señalar que una normativa nacional que establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora de valores frente a un inversor en caso de incumplimiento de las obligaciones de información que se le imponen cumple con los requisitos expuestos en los artículos 6, apartado 1, de la Directiva "folleto" y 7 de la Directiva "transparencia" y no se opone al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 17, apartado 1, de esta última Directiva>

En definitiva, sostiene que el inversor tiene derecho a ser indemnizado sin que las normas de protección del capital social lo impidan porque se examina su condición no en cuanto accionista (condición que adquiere tras la compra de acciones) sino de inversor; y en esa condición de inversor resultó defraudado: decidió comprar las acciones porque la sociedad emisora publicaba información no veraz sobre su situación financiera, lo que constituye el hecho dañoso.

Y el Tribunal Supremo en su sentencia de 3-2-2016 (ROJ: STS 92/2016), refiriéndose a esa sentencia del TJUE y a la consideración del inversor como un tercero respecto a la sociedad, por lo que no le afectaban las normas de protección del capital social, dijo:

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

No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013

(asunto C-174/12, caso Alfred 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)>.

El apartado 2 b) del art. 39 de la Ley 11/2015 aclara que en estos casos sí hay derecho a la indemnización, cuando dice:

<b) No subsistirá ninguna obligación frente al titular de los instrumentos de capital respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización>.

Es decir, que nos encontramos ante una obligación de indemnizar un daño ya devengado o causado con anterioridad, a quien entonces era un tercero y compra acciones confiando en el contenido de una información que ha resultado no ser veraz.

La obligación de indemnizar había nacido por el hecho dañoso, consistente en que se habían comprado acciones que no valían el precio pagado por ellas, aunque el daño sólo resulta aparente en el momento en que se descubre el alcance de la falta de veracidad de la información que publicaba el Banco, es decir, cuando es intervenido por las autoridades financieras>".

Partiendo, pues, de las consideraciones expuestas en la resolución transcrita y de la doctrina del TJUE y TS que se menciona en la misma, procede la desestimación de la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes.

Esta misma excepción es desestimada en supuestos semejantes al presente (ejercicio de acción nulidad de la adquisición de derechos de suscripción y de la suscripción de acciones nuevas del Banco Popular Español, con restitución de prestaciones, y subsidiariamente acción de responsabilidad contractual con indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en la falta de información a través de folleto informativo y falseamiento u ocultación de la situación económica real de la mencionada entidad bancaria) en la sentencia de esta Sala nº 51/2021, de 8 de febrero, y en la SAP. Alicante (Sección 4ª) nº 468/2020, de 30 de noviembre.

Por tanto, este segundo fundamento de la falta de legitimación activa de la parte actora ha de ser, también, rechazado y por tal motivo procederá entrar a conocer del fondo de las cuestiones planteadas.

TERCERO. La parte demandada denuncia, asimismo, la caducidad de la acción de nulidad por error o dolo en el consentimiento. Recuérdese a estos efectos que el art. 1.301 del Código civil dispone que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y que este tiempo comenzará a correr, en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

En el supuesto que nos ocupa, en un principio, podría considerarse que tal consumación se produjo en el momento de la suscripción de las acciones por parte de la demandante y la correspondiente recepción del precio correspondiente a ellas por la demandada, lo que aconteció el 5 de noviembre de 2012 y el 20 de junio de 2016.

Ahora bien, no puede ignorarse la interpretación que de este precepto del Código civil ha efectuado la jurisprudencia; así, las SSTS de 12 de enero y 16 de septiembre de 2015, las cuales han indicado que *«al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» , tal como establece el art. 3 del Código Civil . (...)*

»La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal

principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

En consecuencia, de dichas resoluciones se infiere que el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad de la acción deberá fijarse en el momento en el que el actor haya podido tener conocimiento de la existencia del error o dolo alegado como fundamento de la anulabilidad pretendida.

En el caso de autos ese momento no puede ser el de la oferta pública de suscripción, pues en ese momento la publicidad de la situación económico contable de la entidad demandada no permitía advertir nada acerca del vicio del consentimiento sufrido; por ello, debe considerarse como tal momento, al menos, la fecha de 7 de junio de 2017, cuando el Banco Popular fue adquirido por la entidad demandada, Banco de Santander, S.A., por un euro. Pues sería en ese momento cuando, la parte actora, advertida por el nulo valor de los títulos adquiridos podría haber dispuesto del conocimiento necesario para concluir que había suscrito un producto diferente del que creía y, por tanto, que su consentimiento pudo estar viciado.

Por lo expuesto, dado que la demanda que motivó este procedimiento se interpuso el día 30 de julio de 2020, en ningún momento puede concluirse que ha transcurrido un plazo superior a cuatro años desde la mencionada fecha de 7 de junio de 2017 y, por tanto, no se ha producido la caducidad de la acción ejercitada.

CUARTO. En cuanto a lo acontecido con la oferta pública de suscripciones de acciones de Banco Popular, el desarrollo de los hechos ha sido fijado en multitud de resoluciones judiciales. Por todas, la SAP de Alicante de 20 de enero de 2020, sección 5ª, que, con cita de la SAP de Bilbao, sección 4ª, de 26 de noviembre de 2018, refiere:

Y estos hechos notorios sobre el iter que termina con la amortización de las acciones y la venta del Banco al Santander, se recogen con claridad en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (sección 4) de 26 de noviembre de 2018, nº recurso 524/2018, citados en la mayoría de las sentencias posteriores.

"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.

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.

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

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).

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).

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

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.

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).

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.

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".

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.

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.

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...".

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 Marí Trini, 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.

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.

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.

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.

El 4 de octubre, el Consejo General del Poder Judicial comunicó que el Juez de la Audiencia Nacional José Daniel 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 ".

Continúa recogiendo dicha sentencia 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, (en la que insiste el perito de la demandada en el punto 4.11 de su informe) 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.

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 aporta como doc. nº 27 de la demanda, 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".

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.

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.

Sobre la situación patrimonial de Banco Popular al realizarse la Oferta Pública de Suscripción de Acciones, señala la sentencia anteriormente referida: " 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.

Efectivamente consta aportado por el propio banco que las cuentas del ejercicio 2016, que se someterán a censura de la Junta General de accionistas recogen "una pérdida contable de 3.485 millones de euros;" , pues así se da a conocer en la nota de prensa de 3 de febrero de 2017. Poco después, el 5 de mayo, se reconocen en otra nota de prensa "pérdidas de 137 millones de euros en el primer trimestre" de 2017, por el esfuerzo en provisiones inmobiliarias.

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 (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, 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 "

En el mismo sentido, sentencias de la AP de Barcelona de 1/10/2019 , León

de 20/09/2019 , A Coruña de 11/09/2019 , Valencia de 9/09/2019 , Palma de Mallorca de 3/09/2019 , Barcelona de 2/09/2019 , Girona de 22/07/2019 , Barcelona de 18/07/2019 , Zamora 18/07/2019 , Barcelona 10/07/2019 , Alicante 8/07/2019 , Valladolid 1/07/2019 , Girona de 24/06/2019 , entre otras muchas.

En relación con el supuesto que nos ocupa, de la prueba practicada, constituida por la copiosa documental aportada por ambos litigantes, las testificales de doña Karina Mercedes Fuhr y de don Juan Bautista Almiñana Talens y la pericial de don José María Vidal, pueden inferirse las siguientes conclusiones:

Primero. La existencia de los contratos de suscripción de acciones de la entidad Banco Popular, S.A., concertados en fecha 5 de noviembre de 2012, por un total de 12 957 acciones e importe de 5197,76 euros y, más tarde, en fecha 20 de junio de 2016 por otras 3341 acciones y la cantidad de 4176,25 euros, con independencia de que no constituya un hecho controvertido, resulta adverbado por los documentos número 3 y 4 acompañados a la demanda, consistentes en el justificante de las operaciones de valores de la entidad Banco Popular, S.A.

Segundo. Asimismo, la publicidad o divulgación de la imagen de solvencia y fortaleza de la entidad emisora de las acciones que se ofertaban y, por tanto, la percepción de estas cualidades por parte de los potenciales adquirentes de las mismas, resulta evidenciada de los documentos número 5 y 6 de la demanda, integrados por notas sobre las acciones relativas al aumento de capital, en las que se recogen las magnitudes de los estados financieros de la entidad emisora de las acciones.

Tercero. La disparidad entre la realidad económico financiera y contable de la entidad y la publicitada por la misma resulta del iter que termina con la amortización de las acciones y la venta del Banco al Santander, reseñado en la jurisprudencia referida con anterioridad.

Asimismo, es una circunstancia notoria la comunicación de un hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 7 de junio de 2017, de la resolución de la Comisión Rectora del FROB de igual fecha, por la que se acordaba adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, entre las que se preveía reducir el capital social actual del Banco Popular, S.A. a cero euros mediante la amortización de la totalidad de las acciones actualmente en circulación. Por último, tampoco necesita acreditación, que la entidad Banco Popular, S.A. fue adquirida por Banco de Santander, S.A. por importe de un euro.

Cuarto. Por lo que se refiere al perfil de la mercantil actora, Roval Invers, S.L., ha de indicarse que no ha resultado acreditado que dispusiera de específicos conocimientos financieros, por sus representantes legales o de asesores de los que pudiera disponer, que le permitieran advertir, más allá de la campaña publicitaria efectuada por la entidad Banco Popular, S.A., cuál era la verdadera situación económica de la misma, mediante una cabal interpretación de los datos económicos que pudieran resultar de la información suministrada con motivo de la ampliación de capital.

A estos efectos, ninguna prueba documental significativa se aportó junto con el escrito de

contestación a la demanda; y las testificales de la Sra. Fuhr y del Sr. Alimiñana Talens, por su condición de empleados de la entidad demandada, no puede considerarse determinante a estos efectos; sin perjuicio del hecho de que, el haber realizado inversiones previas o tener inquietud por el estado de estas, como se deduce del testimonio de aquellos, no genera de modo automático la condición de experto inversor, ni proporciona información adicional sobre la realidad económica o financiera de Banco Popular y el verdadero valor del producto que suscribía.

Por lo demás, es preciso advertir que no se trata aquí de determinar si la entidad emisora de las acciones falseó o no las cuentas presentadas con motivo de la ampliación de capital, cuestión por otra parte muy difícil de determinar para quien carece de sólidos conocimientos en la materia, como lo pone de evidencia la pericial existente en autos y, singularmente, las deposiciones del perito Sr. Vidal en el acto de la vista, de gran densidad y complejidad técnica; sino, en todo caso, si existía una correlación entre la imagen de solvencia y seguridad que proyectó la entidad con motivo de la ampliación de capital efectuada, con el fin de captar suscriptores de sus acciones, y la realidad económico contable de la misma, con independencia de que esta fuese cierta; lo cual, a tenor de la jurisprudencia y documentación reseñada, así como el destino final de Banco Popular, S.A., puede concluirse que no fue así, pues mal se compadece la consideración de entidad solvente con la realidad de quien vio sus acciones amortizadas y fue adquirida por un tercero.

Por tanto, el error generado no lo fue por la posible falsedad de las cuentas que ofrecía la entidad emisora, sino por la campaña de publicidad y de persuasión que, en determinados casos, pudo empañar esa realidad y generar el error en aquellos adquirentes que confiaron exclusivamente en la misma.

En definitiva, resulta razonable concluir que la mercantil Roval Invers, S.L. adquirió las acciones, tanto en fecha 5 de noviembre de 2012, como el 20 de junio de 2016, motivada por la confianza depositada en quien se las ofreció, Banco Popular, S.A., e inducida por la imagen que proyectaba públicamente dicha entidad.

QUINTO. En relación con la acción de anulabilidad contractual por vicio del consentimiento, en concreto, error en la prestación del consentimiento, no es ocioso recordar la diferencia entre el error, como vicio de la voluntad, regulado en el art. 1.266 del Código civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por ausencia de uno de sus elementos esenciales. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa el error aducido por la parte actora afectaría a la válida formación de la voluntad, al considerar que estaba adquiriendo un producto de características muy diferentes al que efectivamente deseaba suscribir, por lo que nos hallamos en el ámbito del error como vicio del consentimiento regulado en el precepto antes indicado, generador, en su caso, de la anulabilidad del contrato. En este sentido, el art. 1.266 del Código civil establece que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

A propósito de esta causa de anulabilidad contractual, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, entre otras, en su STS 22 de mayo de 2006 , que *"para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)"*, añadiendo expresamente que *" y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004 ; también, Sentencias de 24-enero-2003 y 17-febrero-2005)"*. Para la valoración de esta última circunstancia la doctrina jurisprudencial toma como pauta para determinar si se obró con la diligencia exigible la ponderación de las circunstancias concurrentes (así, las SSTS de 26 de julio de 2000, 24 de enero de 2003 y 17 de julio de 2006), y entre ellas con especial significación las personales de quien padece el error y la accesibilidad a la información.

Por lo que se refiere a las circunstancias del supuesto que nos ocupa, no puede desconocerse, *mutatis mutandis*, lo resuelto por las audiencias en otros casos de suscripción de acciones, así las SSAP de Valencia, sección novena, de 29 de diciembre de 2014 o de la sección octava de 25 de febrero de 2015, y la SAP de Albacete, sección primera, de 22 de mayo de 2015; en este sentido la referida SAP de Valencia de 29 de diciembre de 2014 ha señalado, en su fundamento de derecho quinto, que *" (...) No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones;*

1º) Se anuncia y explícita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-millionarias.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones,

donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) *El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.*”

En el caso de autos, como se ha expresado en el anterior fundamento de derecho, la demandante adquirió unas acciones de lo que suponía era una entidad bancaria sólida y solvente, a partir de la información dirigida a los potenciales adquirentes de las acciones; sin embargo, con independencia de que no se falsearan las cuentas de la entidad, lo cierto es que estas no se ajustaban a la imagen proyectada públicamente, como evidenció la posterior reexpresión de las mismas tan solo unos meses después, admitiendo la existencia de pérdidas, la amortización de las acciones adquiridas por los inversores y, por último, la desaparición de la propia entidad al ser adquirida por Banco de Santander, S.A.

Así pues, debe entenderse plenamente acreditado que la parte actora incurrió en un error sobre las condiciones de la cosa que estaba adquiriendo, dado que las acciones ofertadas por la demandada aparecían como un producto sólido del que razonablemente pudiera obtenerse rendimiento, mas, la realidad es que se trataba de valores de una sociedad con una muy distinta situación económica a la proyectada públicamente, de la que no cabía esperar dividendos y sí una fuerte depreciación de su valor, como así ocurrió, que conllevaría la pérdida de la inversión realizada.

Este error tiene carácter sustancial, toda vez que de haber conocido las reales y verdaderas características del producto la parte actora no lo habría adquirido y, además, es excusable, es decir, no imputable al demandante, pues fue generado por la divulgación de una información pública generadora de una imagen de la entidad distinta de la real; y, por último, no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, ya que resulta inverosímil que la demandante pudiera tener acceso o pudiese comprender la información que le permitiera conocer la verdadera situación económica de la entidad Banco Popular, S.A.

SEXTO. El art. 1.300 del Código civil dispone que los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley; y el art. 1.265 del mismo texto legal establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

En el caso de autos, de conformidad con lo expresado en los anteriores fundamentos de derecho, resulta preciso concluir que la adquisición de las acciones en fecha 5 de noviembre de 2012 (12 957 acciones), por un importe de 5197,76 euros y, más tarde, en fecha 20 de junio de 2016 (3341 acciones) por la cantidad de 4176,25 euros, concurrió error que vició el consentimiento de la actora, susceptible de generar su anulabilidad que deberá declararse de acuerdo con lo interesado.

De otra parte, el art. 1.303 del Código civil dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses; y al respecto la jurisprudencia ha señalado que a través de la restitución se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (STS de 26 de julio de 2000); e igualmente que tal deber de restitución nace de la ley y no necesita petición expresa (SSTS de 24 de febrero de 1992, 11 de febrero de 2003 y 20 de junio de 2001, entre otras), en razón al principio *iura novit curia*, por no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido (SSTS de 22 de noviembre de 1983 y 24 de febrero de 1992) y, por último, que la restitución ha de comprender los intereses legales, conforme a lo establecido en el art. 1303 del Código civil, que se ha de integrar con lo dispuesto en la LEC (STS de 13 de diciembre de 2005).

Por tanto, declarada la anulabilidad del contrato litigioso, todas las partes deberán proceder a la recíproca restitución de las prestaciones, lo que comprenderá, en lo referente a la Banco de Santander, S.A., la devolución de la totalidad de las cantidades abonadas por la demandante, esto es: 5197,76 por la primera suscripción de 5 de noviembre de 2012, y 4176,25 euros por la suscripción de 20 de junio de 2016, más los correspondientes intereses legales de dichos importes desde la fecha de su suscripción; y por lo que se refiere a la demandante, esta deberá restituir a la entidad demandada las acciones adquiridas, así como lo obtenido por razón de los dividendos, venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita, con los intereses de estas cantidades, en su caso, desde la percepción.

SÉPTIMO. El artículo 394.1 de la LEC señala que en los procesos declarativos las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el presente procedimiento resulta procedente, por tanto, condenar en costas a la entidad Banco de Santander, S.A. dado que se ha estimado la demanda formulada contra la misma, al declararse la anulabilidad del contrato de suscripción de acciones y se le ha condenado a la restitución de las prestaciones oportunas.

Vistos los textos legales y jurisprudencia que se citan y demás preceptos de general aplicación al caso,

FALLO

Estimo la demanda formulada por la procuradora doña [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] S.L., contra Banco de Santander, S.A., y, en consecuencia:

Primero. **Declaro la anulabilidad del contrato de suscripción o adquisición** de 12 957 acciones de nueva emisión de Banco Popular provenientes de la oferta pública de suscripción de acciones de 2012 suscritas en fecha 5 de noviembre de 2012, por importe de

5195,76 euros, y de 3341 acciones suscritas en fecha 20 de junio de 2016 por valor de 4176,25 euros, por adolecer de vicios del consentimiento por error.

Segundo. Condeno a la entidad demandada a la restitución de prestaciones, esto es: a pagar a la actora las cantidades de 5195,76 euros y de 4176,25 euros, más los intereses legales de los referidos importes desde la fecha de su abono, con devolución por la actora de las acciones y de los importes procedentes de sus dividendos o venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita, más los intereses legales de estos desde la fecha de su percepción.

Tercero. Condeno en las costas de este procedimiento a la parte demandada.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos y se notificará a las partes en la forma ordinaria, haciéndoles la prevención de no ser firme por caber contra ella recurso de apelación que se interpondrá ante este Juzgado para ante la Audiencia Provincial de Alicante, en término de veinte días, previa consignación del depósito legalmente previsto; definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE DENIA

N. I. G. : 03063-42-1-2020-0004263

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000988/2020-A

De: D/ña. [REDACTED] S.L.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN

Letrado A. Justicia [REDACTED]

En DÉNIA, a cinco de julio de dos mil veintiuno.

La extiendo yo, la Letrada A. Justicia, para hacer constar que la Sentencia de fecha 2 de julio de 2021, es entregada en este órgano judicial, por el Magistrado-Juez, JAVIER ALBA MARIN, uniéndose testimonio literal de la misma a los autos de su razón, incorporándose el original al libro registro correspondiente y procediendo a su notificación a las partes. La presente sentencia es pública. Doy fe.