

## Audiencia Provincial

AP de Barcelona (Sección 4ª) Sentencia num. 612/2021 de 9 noviembre  
JUR\2021\352578



Arrendamiento de obra. Compraventa. Banca. Sociedades.

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 228/2021

Ponente:Ilmo. Sr. D. Desconocido

### AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN CUARTA

Rollo núm. 228/2021

Procedimiento Ordinario núm. 190/2019

Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona

SENTENCIA núm. 612/2021

Ilustrísimos Señores Magistrados:

VICENTE CONCA PÉREZ

JORDI LLUÍS FORGAS i FOLCH

ADOLFO LUCAS ESTEVE

En la ciudad de Barcelona, a nueve de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Procedimiento Ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado de Primera Instancia veintinueve de Barcelona a demanda de ... , ... contra BANCO DE SANTANDER SA pendientes en esta instancia al haber apelado las parte litigantes la sentencia que dictó el dicho juzgado el día veintiuno de diciembre de dos mil veinte.

Han comparecido en esta alzada como parte apelante ... , ... Y ..., de un lado, y de otro, BANCO DE SANTANDER SA representados respectivamente por los procuradores de los ... tribunales ..., asistidos de los Letrados Sres. Miquel Durán Campos y

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO**

La parte dispositiva de la sentencia apelada aclarado por auto de fecha veintiocho

de diciembre de dos mil veinte es del tenor siguiente: «. Estimo parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA ..., contra BANCO SANTANDER, S.A. y en consecuencia: 1. Condeno a la parte demandada a abonar a DOÑA ... la cantidad de 8.450€ más el interés legal desde la fecha de la inversión más sus intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial. 2. Condeno a la parte demandada a abonar a DOÑA la cantidad de 8.450€, más el interés legal desde la fecha de la inversión más sus intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial. 3. Condeno a la parte demandada a abonar a DON ... la cantidad de 15.145€ más sus intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial »

## SEGUNDO

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación las referidas. Admitidos en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día veintiuno de octubre pasado.

Actúa como ponente el Magistrado Sr. Jordi-Lluís Forgas i Folch.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### 1

En su escrito de demanda

interpusieron demanda contra BANCO DE SANTANDER SA ejercitando (i) acción de anulabilidad, (ii) subsidiariamente de responsabilidad por folleto al amparo del [art. 38 TRLMV \(RCL 2015, 1659, 1994\)](#) , (iii) subsidiariamente de responsabilidad del emisor al amparo del [art. 124 TRLMV](#) y (iv) subsidiariamente de responsabilidad contractual, al amparo del [art. 1.101 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , todas ellas en relación a las siguientes órdenes de adquisición de acciones:

A.- Orden de compra de derechos de la ampliación de capital de Banco Popular SA (en adelante Banco Popular) de noviembre y diciembre de 2012, orden de compra de fecha 16 de noviembre de 2012, por importe de 78.514,56 euros.

B.- Orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular de noviembre y diciembre de 2012, orden de suscripción de fecha 5 de diciembre de 2012, por importe de 219.658,18 euros.

C.- Orden de suscripción de acciones a nombre de ... de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 8.450,00 euros.

D.- Orden de suscripción de acciones a nombre de ... de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 8.450,00 euros.

E.- Orden de compra de derechos a nombre de ... de la ampliación de capital de

Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de compra de fecha 7 de junio de 2016, por importe de 1.520,06 euros.

F.- Orden de suscripción de acciones a nombre de ... de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 6.652,50 euros.

G.- Orden de suscripción de acciones a nombre de ... de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 8.482,50 euros.

## 2

La sentencia de la primera instancia estimó en parte la demanda desestimando la acción de anulabilidad ejercitada en relación a la totalidad de las órdenes de adquisición referidas y estimando tan solo las acciones de responsabilidad por folleto y responsabilidad del emisor de los [arts. 38 y 124 Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores \(RCL 2015, 1659, 1994\)](#) en relación a las cuatro órdenes de suscripción de acciones de la ampliación de fecha 20 de junio de 2016, desestimando la totalidad de las acciones ejercitadas en relación a las siguientes órdenes de adquisición de acciones:

A.- Orden de compra de derechos de la ampliación de capital de Banco Popular de noviembre y diciembre de 2012, orden de compra de fecha 16 de noviembre de 2012, por importe de 78.514,56 euros.

B.- Orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular, de noviembre y diciembre de 2012, orden de suscripción de fecha 5 de diciembre de 2012, por importe de 219.658,18 euros.

C.- (A nombre de ...) Orden de compra de derechos de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de compra de fecha 7 de junio de 2016, por importe de 1.520,06 euros.

## 3

Frente a esos pronunciamientos de la sentencia de la primera instancia, la parte demandante formuló recurso de apelación pretendiendo con el mismo la revocación en parte de la sentencia y que se estimaren íntegramente sus pretensiones, asimismo, la parte demandada formuló también recurso de apelación con el que pretende que se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas. Razones sistemáticas llevan a analizar, en primer lugar el recurso formulado por la parte demandante del presente procedimiento.

4.1.- Son hechos relevantes, atendido el objeto de la demanda formulada y que procede recordar, que el 26 de mayo de 2016 BANCO POPULAR SA publicó la decisión de aumentar su capital social mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. Así, se decía que se había acordado aumentar el capital social por un

importe de 1.002.220.576'50 euros, emitiéndose 2.004.441.153 acciones por valor cada una de 0'50 euros, y con un tipo de emisión de 1,25 euros. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de BANCO POPULAR y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", constando que "con los recursos obtenidos, BANCO POPULAR podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista" y "aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrezca y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos".

4.2.- Pues bien, el día 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el [artículo 18.4 c\) del Reglamento \(UE\) n.º 806/2014 \(LCEur 2014, 1445\)](#) por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SRB/EES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el [art. 18.1](#) del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público."

4.3.- Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los [artículos 22 y 24](#) del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a BANCO SANTANDER "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro.

4.4.- Sobre todo lo anterior, la jurisprudencia de esta Audiencia Provincial ha sido mayoritariamente unánime en el sentido de estimar las acciones formuladas por adquirentes de acciones en el proceso de ampliación de capital de BANCO

POPULAR SA de mayo de 2016 han resultado favorables a las pretensiones de nulidad ejercitadas. En este sentido se ha estimado la nulidad de compra de acciones en 2012, así como en 2016, por no reflejar las cuentas en esos ejercicios la imagen fiel de la entidad. Se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal que tanto la ampliación de capital de 2012 como la de 2016 iban precedidas de la elaboración, aprobación y registro del folleto ante la CNMV, que publicó toda la información financiera disponible, y afirmándose asimismo en aquéllas que la parte demandada no había probado que la información económica que se hacía constar en el folleto informativo reflejaba la situación económica real y que la misma no fue falseada, ni que los hechos ocurridos posteriormente no serán sino el resultado de una previa situación de insolvencia ocultada a los actores mediante la apariencia de una óptima situación económica.

4.5.- En términos generales concluimos en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2021, (RA núm. 652/2020), que el folleto informativo de la emisión debe informar a los posibles inversores sobre la oportunidad de suscribir el producto emitido, conociendo los riesgos que dicha decisión pueda comportar, siendo dicha información absolutamente imprescindible cuando quien pretende invertir no ostenta la condición de inversor profesional, ni dispone de elementos que le permitan contrastar la veracidad de la información suministrada.

De esta forma, si el folleto informativo, entre otras cuestiones, debe advertir de la situación económica de la entidad bancaria no cabe exigir al inversor que contraste la información facilitada con otros datos a los que no tiene acceso directo o que pueden requerir conocimientos específicos para verificar previamente a la contratación que los datos que obran en el folleto informativo se corresponden con la situación real de la entidad.

De conformidad con ello, el conocimiento de los demandantes sobre los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones sólo podía resultar de lo que se hiciese constar en el folleto informativo, complementado, en su caso, con la información ofrecida en cada caso concreto.

4.6.- En definitiva, se ha venido señalando por esta Audiencia, en supuestos de la ampliación de capital de 2016, que la situación financiera que se reflejaba en el folleto informativo no se correspondía con la situación económica financiera real, sin que el actor como inversor no profesional dispusiese de elementos para poder advertir cual era la situación cierta, y fue en un breve lapso de tiempo cuando se tuvieron noticias de la existencia de unas pérdidas muy superiores a las que constaban en el folleto informativo, se declaró la inviabilidad de la entidad, se procedió a su intervención, se acordó la amortización de las acciones a valor cero, y se efectuó su transmisión por importe de un euro.

#### 4

Dicho lo anterior, en las presentes actuaciones, la sentencia de primera instancia

para desestimar las pretensiones de nulidad ejercitadas señaló en primer lugar la falta de legitimación pasiva de la parte demandada para soportar esas acciones. Sobre el particular ya nos pronunciamos pues como veremos nos hallamos ante suscripciones en el mercado primario (una suscripción de acciones en una ampliación de capital es una suscripción realizada en el mercado primario). En este sentido, en la en la referida sentencia de 23 de marzo de 2021, RA 652/2020), señalamos que «5.3.- La [STS 371/2019, de fecha 27 junio de 2019 \(RJ 2019, 2461\)](#) , por su parte, señala que no procede la acción de nulidad por error en el consentimiento de las compraventas de acciones realizadas en el mercado secundario, sin perjuicio de la acción de indemnización falsedad del folleto (o información continuada defectuosa), pronunciamiento que resulta importante destacar que deja constancia de la viabilidad de la acción indemnizatoria en adquisiciones en el mercado secundario así como de señalar que esta acción prescribe a los tres años» de tal forma que no existen dudas sobre la efectiva legitimación pasiva de la entidad emisora de las acciones en orden a entender que las adquisiciones lo fueron en mercado primario. En consecuencia, debemos adelantar que sí existe una legitimación pasiva de la demandada en relación a las suscripciones de acciones llevadas a cabo en el marco de las ampliaciones de capital de los años 2012 y 2016 por parte de ... y de su difunto padre.

## 5

El fundamento sobre el que pivota el recurso de apelación de la parte actora es el de señalar que las circunstancias que rodearon la adquisición de títulos en la ampliación de capital de mayo de 2016 fueron en realidad las mismas que las de 2012, señalando, al respecto, que la sentencia de la primera instancia incurrió en error en la apreciación de la prueba sobre la sobre la situación financiera del BANCO POPULAR SA y sobre la información suministrada, haciendo especial relevancia a la prueba pericial aportada junto al escrito de demanda puesta en relación con las demás prueba obrante en las actuaciones.

En este sentido, sitúa el vicio en el consentimiento, en que la información sobre la solvencia de la entidad, facilitada por dicho banco, no era cierta. De haberles sido explicado cuál era la verdadera situación de la entidad, resultaría evidente que no habrían adquirido las acciones, lo que en definitiva sitúa la demanda que el presente caso constituye un supuesto de dolo, al faltar a la verdad en la publicidad efectuada para la comercialización de las acciones en relación a su situación patrimonial, presentándose con una aparente solvencia cuando en realidad estaba en situación de dificultades financieras muy graves, provocando dicha conducta dolosa error en el consentimiento.

7.1.- Al respecto, debe traerse a colación, en términos generales, la STJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirmann contra Immofinanz AG) de la que se desprende, en primer lugar, que el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa en el derecho societario de tal modo que no le son de

aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De ahí que, en segundo lugar, de acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se oponga 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.

7.2.- El Tribunal Supremo en sus sentencias núms. 91/2016 y 92/2016, ambas de 3 de febrero, señalan que, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, nuestro ordenamiento permite claramente la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento ( [arts. 1300 y 1303 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) ). Lo que se ha corroborado en la referida [STS núm. 371/2019, de fecha 27 junio de 2019 \(RJ 2019, 2461\)](#) , ya que en esta sentencia el TS solo inadmite la acción de anulabilidad por error vicio respecto a dos operaciones efectuadas en el mercado secundario, que no es nuestro caso, que no la del mercado primario en virtud de una OPS.

7.3.- Indicar que respecto, a la acción de nulidad, se requiere que el error sea esencial, esto es, que recaiga sobre el objeto del contrato o sus características principales. Sobre este particular, la STS de 3 febrero de 2016 ya recoge la posibilidad de que conceptualmente pueda existir nulidad por vicio al concurrir error sobre la solvencia de la sociedad de capital emitente del título o producto financiero, al considerar que la información sobre la situación financiera del emisor una condición principal del contrato celebrado.

A lo anterior se añade que debe existir igualmente un nexo causal entre el error y la finalidad del contrato, esto es, en el presente caso que las graves inexactitudes, ya relatadas a lo largo de todo el procedimiento, proyectadas públicamente por la demandada y, finalmente, que se trate de un error no sea imputable a quien lo padece.

## 6

Pues bien, en las presentes actuaciones la sentencia apelada indicó que, respecto a la ampliación de capital de 16 de noviembre de 2012, la parte actora es titular, a título de herencia, de las acciones adquiridas por el causante José Porcar Ripollès, quien suscribió las nuevas acciones emitidas previa adquisición de derechos de suscripción preferente comprados a otros accionistas (doc. 1D de la demanda) y que, en cuanto a la ampliación de capital de 9 de junio de 2016, las acciones adquiridas por ... también lo fueron por previa adquisición de los derechos de suscripción preferente de otros accionistas. Debe precisarse que en dicho razonamiento de la sentencia de la primera instancia no se hace referencia a la adquisición de 547.776 acciones de Banco Popular el día 5 de diciembre de 2012 por importe de 219.658,18 euros que forma parte de reclamación de la demandante.

En realidad, no se ha acreditado en las presentes actuaciones que esa adquisición de acciones se haya efectuado a terceros y no a la sociedad emisora de los títulos, supuesto éste que contempla la STS de 27 junio de 2019, sino que se trata de una venta de como consecuencia de una oferta de la propia entidad (OPS), o en el mercado primario y no de una venta de un tercero que del que se desconoce cómo las había adquirido a su vez.

En tal sentido, precisar que una suscripción de acciones en una ampliación de capital es una suscripción realizada en el mercado primario, más allá de que una tercera entidad pueda intervenir como intermediaria en el momento de realizar la operación siempre y cuando la adquisición se produzca en el marco de la oferta. Ello es así por cuanto lo que distingue a una suscripción efectuada en el mercado primario es si las acciones se adquieren del emisor (ampliación de capital, mercado primario, como en el presente caso, como puede apreciarse del doc. 1D) e incluso también se consideran operaciones de mercado primario las compras o ventas de valores que ya estaban en circulación, cuando se realizan a través de una oferta pública (OPS-oferta pública de suscripción y OPV- oferta pública de venta). En definitiva el hecho admitido por la parte demandada de que el mentado actor y su difunto padre adquirieran derechos de suscripción preferente; el primero en 2012 y, el segundo, en 2016 -comprados a otro/s accionista/s- para acudir a las ampliaciones de capital (como de hecho ambos acudieron) no implica que no se adquirieran las acciones en el mercado primario. En el doc. 1D se observa que el 16 de noviembre de 2012 se adquieren los derechos de suscripción de BANCO POPULAR y en fecha de 5 de diciembre de 2012 se hace efectiva la adquisición de acciones en el seno de la ampliación de capital de dicha entidad bancaria. Lo mismo sucede con la adquisición por parte de en cuanto a la ampliación de capital de 9 de junio de 2016, las acciones adquiridas por ... . De ahí que, por todo ello, aquel pronunciamiento deba revocarse.

## 7

En términos generales, a la acción de nulidad se podría objetar, que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Se parte de la base de que ello supondría una contravención con el [art. 56 LSC \(RCL 2010, 1792, 2400\)](#) , por lo que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las nonnas sobre el folleto ( [arts. 38. 3 LMV \(RCL 2015, 1659, 1994\)](#) -actual art. 38-3 del TRLMV) y no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

No obstante, la referida STJUE 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12) confirma la preeminencia de las normas del mercado de valores sobre las normas de la Directiva de sociedades; es decir, 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. Se debe entender de dicha doctrina del TJUE que el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa en el

derecho de sociedades, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. Es decir, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento.

De ahí que debamos entender, siguiendo la jurisprudencia iniciada por las SSTS de 3 de febrero de 2016 y que sostuvimos en caso análogo en nuestra sentencia de 3 de marzo de 2021 (RA 652/2020) que 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 vicio del consentimiento, con efectos extintivos ( [arts. 1.300 y 1.303 CC \(LEG 1889, 27\)](#) ), cuando, como en el caso resuelto en las sentencias comentadas, dicho error es sustancial y excusable y ha determinado la prestación del consentimiento, requisitos que ya determinaron las SSTS de 3 de febrero de 2016.

## 8

La sentencia de primera instancia señaló en cuanto a la adquisición de acciones emitidas en la ampliación de capital de 9 de junio de 2016 por ... y ... , que la parte actora no acreditó la concurrencia de ninguno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia ni respecto al dolo ni respecto al error, aunque sí dio lugar a las acciones de las acciones de responsabilidad por folleto y responsabilidad del emisor de los [arts. 38 y 124 Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores \(RCL 2015, 1659, 1994\)](#) en relación a las cuatro órdenes de suscripción de acciones de la ampliación de fecha 20 de junio de 2016.

Como ya hemos adelantado, el fundamento sobre el que pivota el recurso de apelación de la parte actora es el de señalar que las circunstancias que rodearon la adquisición de títulos en la ampliación de capital de mayo de 2016 (pues esta última ampliación la sentencia de la primera instancia señala que, de acuerdo con lo que puede deducirse de la prueba y en especial la de las dos pruebas periciales obrantes, sí acogió la pretensión indemnizatoria con base en la ampliación de 2016) no fueron en realidad las mismas que las de 2012. La parte apelante señaló, al respecto, que la sentencia de la primera instancia incurre en error en la apreciación de la prueba sobre la situación financiera del BANCO POPULAR SA y sobre la información suministrada, haciendo especial relevancia para acreditar su postura a la prueba pericial aportada junto al escrito de demanda puesta en relación con las demás pruebas obrantes en las actuaciones. Atendido que por las razones dichas, no estamos en una adquisición de valores en el mercado secundario, no existe motivo alguno para que no pueda prosperar, en su caso, a tenor de la doctrina de las SSTS de 3 de febrero de 2016 citada, la acción de anulabilidad de las adquisiciones en los términos pretendidos en la demanda, la debemos seguir tales efectos.

11.1.- Sobre el particular hemos de señalar que de la revisión del conjunto de la prueba que efectúa este Tribunal de apelación se advierte que las cuentas anuales e informes semestrales del Banco en el período de 2010 a 2016 no reflejaban la

imagen fiel así como que el folleto informativo contenía una falta de exactitud de la información suministrada y no daba una información completa, exhaustiva y suficiente para el conjunto de los clientes e inversores.

Debe recordarse previamente que al tenor de los términos en los que se ha planteado la presente litis, frente a las imputaciones de la parte actora, la parte demandada alega que no se ha probado la inexactitud y falta de veracidad de sus cuentas anuales y folletos de inversión, y que la resolución y venta de Banco Popular Español se debió simplemente a una sorpresiva salida de depósitos.

11.2.- Acerca de los mismos hechos imputados a la parte misma demandada con pretensiones análogas a las presentes, en nuestra referida sentencia de 23 de marzo de 2021 (RA 652/2020) y en sede de cuyo procedimiento también se valoró otro dictamen pericial que versaba sobre los mismos hechos imputados a BANCO POPULAR, esto es en relación con la emisión pública de títulos de 2012 y la posterior de 2016, señalamos que:

«8.- De la referida prueba pericial y demás documental obrante no se ha acreditado que las cuentas reflejasen belmente la realidad financiera del Banco; la información que transmitía éste por diferentes canales, ya fuese el folleto de la ampliación (responsabilidad por folleto) o a través de sus cuentas anuales (responsabilidad por información financiera semestral y anual) era, por lo tanto, errónea y gravemente equívoca, lo que llevó, en un caso, a los demandantes a incurrir en un error en esencial y, en otro, a revelar por parte de BANCO POPULAR, una conducta cuando menos, negligente de sus obligaciones (específicamente reguladas en el TRLMV) por cuanto la información sobre la situación financiera de la entidad recaía inexorablemente sobre el objeto de ambas transacciones que se impugnan. (.....).

9.1.- En particular, con base en el referido conjunto de la prueba practicada, se puede afirmar que, desde al menos el ejercicio 2011, las cuentas anuales de BANCO POPULAR no reflejaban la imagen fiel de la entidad, ofreciendo una situación económica que no se correspondía con la realidad, fundamentalmente porque, al margen de otras irregularidades o disfunciones, se maquillaban o reducían las partidas de préstamos y créditos a cobrar, es decir, los dudosos, y se sobrevaloraban los activos inmobiliarios, todo ello en unas cuantías que tenían notable repercusión en las cuentas anuales y que, por tal motivo, podían influir en las decisiones tomadas por los usuarios con base en los estados financieros.

9.2.- De lo anterior se puede inferir que la información reflejada en la contabilidad del BANCO POPULAR reflejaba unos niveles de solvencia y de capitalización que no respondían al principio de imagen fiel. Este resultado se alcanzó por haber efectuado una estimación inadecuada, a la baja, de las necesidades de cobertura de la entidad frente a los niveles de morosidad de su clientela y por no reflejar la pérdida de valor de activos dudosos. Esta falta de rigor y prudencia en sus estimaciones le permitió, a su vez, documentar un mejor resultado en los ejercicios 2013, 2014 y 2015 y afirmar que el propósito de la ampliación de capital de junio de

2016 era el de reforzar la solvencia de la entidad, cuando en realidad había necesidad de aumentar los niveles de cobertura del banco y absorber la creciente pérdida de valor de elementos del activo. Esta información inexacta sobre la situación del banco, acompañada de todo un contexto de apoyo a la misma bien a través de la publicidad corporativa, bien mediante las notas informativas remitidas a la CNMV o en la documentación adicional que acompañaba a las cuentas anuales, se encuentra causalmente conectada con el daño experimentado por la parte demandante.»

11.3.- En el informe pericial aportado por la parte actora que obra a doc. 39 de la demanda se concluye que «Banco Popular, intentó salir por sí sola de la enorme crisis que se le había generado (alta exposición al riesgo crediticio e inmobiliario). Sin embargo en oct-11 y en plena crisis financiera, comete un grave error, y anuncia la OPA sobre Banco Pastor, entidad que tenía todavía mayores problemas que Banco Popular precisamente también por su alta exposición al riesgo crediticio e inmobiliario.

Banco Pastor había sido 1 de las 5 entidades que había suspendido en las pruebas de estrés realizadas en 2011 por EBA. Todas las entidades que suspendieron dicho test (CatalunyaCaixa, Grupo Caja 3, Unnim, CAM y Banco Pastor) tienen la dudosa reputación de haber sido intervenidas o absorbidas por otras entidades a lo largo de los últimos años. Dicha adquisición se materializa en el año 2012 a través de un intercambio de acciones que valora a Banco Pastor en unos 1.300 millones de euros, si bien poco después el propio Banco Popular reconocerá que Banco Pastor tenía un valor negativo entre -500 millones de euros y -1.400 millones de euros.

Todos los indicadores analizados en el informe ponen de relieve que es desde este momento (2012), donde se producen las grandes distorsiones del balance de Banco Popular.»

Y en el punto 6 de las conclusiones de dicho dictamen se puede leer « 6. Una de las claras manifestaciones de que las valoraciones del balance de Banco Popular eran incorrectas son las necesidades constantes de capital. Entre 2012 y 2016 (5 años) Banco Popular realiza 40 ampliaciones de capital, 5 veces más que las realizadas durante los 5 años inmediatamente anteriores, donde solo hizo 8. De igual forma el número de acciones en circulación multiplica x 106 veces el emitido en los 5 años previos. Solamente en las 2 macro-ampliaciones realizadas en 2012 y 2016, Banco Popular captó 5.000 millones de euros (2.500 millones en cada una) que con la resolución del banco han desaparecido ».

11.4.- Señala al respecto a la ampliación de 2012 la sentencia de la primera instancia que « la imagen fiel de Banco Popular en 2012, no puede responder a la valoración de sus activos con "ojos" de 2017. La imagen fiel del Banco Popular en 2012 es la expresión de su contabilidad conforme a la normativa que le era de aplicación en aquel momento, con las dotaciones de morosidad que en aquel momento se establecían y con la valoración de los inmuebles conforme a la

normativa de aquél momento».

La reducción al ámbito de la contabilidad de la sociedad emisora entendemos que en alguno resulta apropiado para valorar una situación financiera en 2012, ésta, sin duda es mucho más compleja y es donde incide, correctamente, la pericial aportada por la parte demandante.

11.5.- Señala asimismo la sentencia apelada sobre la ampliación de 2012 «que en este caso hay otro elemento probatorio muy contundente que es (.....) el informe independiente de ... encargado por el Banco de España y publicado el 28/9/2012. No puede pasar inadvertido que la ampliación de capital de 2012 se hace precisamente como resultado del informe emitido por el experto independiente contratado por el Banco de España para someter a pruebas estresadas al conjunto de la banca española». Sin embargo entendemos que del hecho de que existe un el informe independiente citado (que detectó, en un escenario adverso, una necesidad de capital de 3.200 millones en Banco Popular) se pueda concluir que el folleto de emisión de la ampliación de 2012 contiene una información financiera de Banco Popular acorde tanto con las cuentas auditadas, como con los datos que se extraen del informe independiente no resulta correcto.

En la pág. 144 del dictamen de la parte actora se hace constar que «Del análisis de los riesgos totales comunicados por Banco Popular al mercado, se puede fácilmente deducir que dicha sobrevaloración no es espontánea, sino que viene arrastrándose a lo largo de los años, especialmente desde 2012, momento de la compra de Banco Pastor» y que « El valor dado por Banco Santander al ratio de morosidad de Banco Popular es un 34% mayor al último que había comunicado Banco Popular al mercado (14,91% vs 20%). Dicha diferencia deriva de una desviación (que no es espontánea) del 25% en la valoración de los riesgos totales crediticios (denominador del ratio de morosidad)».

11.6.- A ello ha de decirse que en el Hecho Relevante de fecha 3 de abril de 2017, se reconoce por Banco Popular Español que buena parte de las correcciones efectuadas respecto de las cuentas anuales del 2016, corresponden a ejercicios anteriores a 2015. El tenor literal de Hecho Relevante señala que señala lo siguiente: «El análisis preliminar indica que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de ejercicios anteriores a 2015 y tendría, por ello, escaso impacto en los resultados del ejercicio 2016, aunque sí afectaría al patrimonio neto.»

Al hilo de lo anterior, la conclusiones de la pericial de la parte demandante señala «el Banco Popular es una entidad que tenía claramente diferenciadas 2 líneas de negocio muy diferentes: - El negocio tradicional (que genera más de 1.000 millones de euros de beneficios al año), y - El negocio inmobiliario, que es una ruina fundamentalmente desde el año 2012, año de la adquisición de Banco Pastor, por su alta exposición inmobiliaria y crediticia» detenninando que «Por lo tanto a partir del año 2012, las cuentas de Banco Popular están altamente afectadas por su exposición inmobiliaria y crediticia».

11.7.- Consta asimismo que Banco Popular multiplicó por 2,25 veces su volumen neto de pasivos financieros en 2012 y que los inspectores del Banco de España detectaron que la entidad emisora arrastraba un déficit de provisiones de 2.851 millones de euros a final de 2011, a lo que habría de añadirse los deterioros motivados por la adquisición del Banco Pastor, situación que originó la constante de necesidad de capital con continuos incrementos de pasivos subordinados (cuyo pago o vencimiento está sujeto a otra deuda), especialmente los convertibles en acciones

Al respecto concluye la pericial de la parte actora que «(2) Las constantes ampliaciones de capital (40 entre 2012 y 2016, de las que 2 de ellas son macro-ampliaciones de 2.500 millones de euros cada una), así como la utilización de pasivos financieros subordinados (incluyendo CoCos) para inyectar cada vez más capital a la entidad, no son más que la manifestación de las necesidades financieras de la entidad para cubrir el deterioro de valor de sus activos inmobiliarios y crediticios».

11.8 - La circunstancia relevante de que los dictámenes aportados en el referido procedimiento anterior y distinto al presente, con partes demandantes distintas y realizados por distintos peritos expertos en el ámbito y objeto de cada uno de ellos, pero ambos sobre análogos hechos objeto de imputación han determinado a este tribunal de apelación a dar preeminencia a las conclusiones del dictamen de la parte actora frente al de la parte demandada, atendida la coincidencia de las conclusiones entre ambos dictámenes aportados por las partes demandantes en los diferentes procedimientos sobre las mismas imputaciones a la parte demandada.

## 9

Atendido lo anterior, como ya hemos adelantado, resulta del todo esclarecedora al caso presente la jurisprudencia del TS en su sentencia núm. 91 de 3 de febrero de 2016 en relación a la acción de anulabilidad ejercitada de modo principal que «tal información [ la del folleto] supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones. Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial »

Concluye dicha sentencia (seguida por la STS núm. 92 de la misma fecha) que

«En consecuencia, el nexo de causalidad era evidente, a la vista de lo que la sentencia razona, puesto que justamente el folleto se publica para que los potenciales inversores tomen su decisión, incluso aunque no lo hayan leído, puesto que el folleto permite una "diseminación" de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir. En la demanda se afirmaba que los demandantes

realizaron la inversión confiados en "que la entidad Bankia era una empresa solvente que iba a repartir beneficios", por lo que resulta obvio que si hubieran sabido que el valor real de unas acciones que estaban comprando a 3'75 euros era, apenas un 1% del precio desembolsado, no habrían comprado en ningún caso. Máxime, al tratarse de pequeños ahorradores que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de grandes inversores, o los denominados inversores institucionales, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

3.- Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el [art. 1266 CC \(LEG 1889, 27\)](#), sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: "Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias».

La doctrina que emana de esas sentencias del TS resulta plenamente aplicable al caso y lleva a la estimación, por las razones dichas, de la pretensión de nulidad, ejercitada de forma principal, sobre las adquisiciones efectuadas en 2012.

## 10

En las presentes actuaciones, la sentencia de la primera instancia respecto de la ampliación de capital de 9 de junio de 2016 entiende que BANCO POPULAR sí generó una apariencia de solvencia que no obedecía a la realidad contable por lo que estimó las acciones la pretensión de indemnización por los daños y perjuicios causados, con fundamento en los artículos 38 y 124 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores.

En este punto, y en cuanto a las alegaciones al respecto de la parte apelante BANCO DE SANTANDER SA hemos de señalar que también se ha acreditado, de las pruebas periciales y de la documental obrante, que la mentada sociedad emisora fue declarando beneficios en los sucesivos ejercicios anuales, mediante una estrategia de refinanciación de la deuda, salvo en los años 2012 y 2016 consiguiendo con ello aparentar una solvencia en realidad no justificada. Esta apariencia de solvencia vino reforzada por el hecho notorio, que reconoce la sentencia de la primera instancia, de que incluso pocos días antes de declararse la situación de insolvencia de la entidad emisora, el propio Ministro de Economía lanzó a los pequeños inversores un mensaje de tranquilidad sobre el futuro de la entidad.

Sin embargo, la realidad financiera de la emisora no fue la aparentada pues es punto común que la causa de la crisis lo fue el incumplimiento de los deberes de dotación de créditos morosos y un aumento exponencial de activos tóxicos, vinculados fundamentalmente al crédito a la vivienda que supuso la liquidación de la sociedad a través de la Junta Única de Resolución, amortizando las acciones a valor de cero euros, mediante acuerdo de fecha de 7 de junio de 2017. En esta resolución se valoró la entidad en menos 2000 millones de euros en un escenario normal, y menos 8200 millones de euros en un escenario de estrés. La disfunción entre la realidad financiera de la emisora y lo exteriorizado en el folleto resulta evidente y debe llevar a que, en aplicación de la doctrina sentada en las referidas SSTs de 3 de febrero de 2016, a la estimación de la acción de nulidad ejercitada al concurrir error vicio en el consentimiento de los actores en todas las adquisiciones realizadas en ese periodo, y como hemos dicho, en las efectuadas en 2012.

## 11

En cuanto a los efectos de la acción de nulidad ejercitada, la [STS núm. 592/2018, de 24 de octubre de 2018 \(RJ 2018, 4658\)](#), estimó el recurso de casación y asumió la instancia, y estimando la demanda declaró la nulidad por vicio de error en el consentimiento de los contratos suscritos entre la parte actora y demandada, debiendo ésta reintegrar a la actora la cantidad pagada por los demandantes con los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de los contratos, y por su parte los actores deberían devolver a la entidad demandada los títulos adquiridos, así como los intereses percibidos desde la suscripción del producto, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución. En este sentido como sea que las acciones principales es la acción de nulidad por la concurrencia de error vicio, la estimación de la demanda debe partir de las sumas reclamadas en la demanda, su reintegro, con los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de los contratos, menos la suma de los intereses percibidos incrementados, incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución.

## 12

La estimación del recurso lleva a la estimación sustancial (criterio mantenido en la STS de 24 de octubre de 2018) de la demanda con la imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte demandada, y sin hacer imposición respecto de las devengadas en esta segunda instancia al haberse estimado el recurso de apelación ( [art. 394 y 398 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) ).

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por ... y ... contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Treinta y nueve de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y en su lugar se dicta otra por la que estimando sustancialmente la demanda formulada por, ... y ... contra BANCO DE SANTANDER SA declaramos haber lugar a las pretensiones de nulidad

de la compra de acciones y de los contratos de adquisición de los derechos de suscripción vinculados a aquélla, por vicio del consentimiento,

a) A nombre de todos los adquirentes, de la orden de compra de fecha 16 de noviembre de 2012, por importe de 78.514,56 euros, orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular de noviembre y diciembre de 2012, orden de suscripción de fecha 5 de diciembre de 2012, por importe de 219.658,18 euros,

b) A nombre de ... la nulidad de la orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 8.450,00 euros.

c) A nombre de ... la nulidad de orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 8.450,00 euros.

d) A nombre de ... la nulidad de orden de compra de derechos de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de compra de fecha 7 de junio de 2016, por importe de 1.520,06 euros.

e) A nombre de ... , la nulidad de la orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 6.652,50 euros.

f) Y a nombre de ... Orden de suscripción de acciones de la ampliación de capital de Banco Popular de mayo y junio de 2016, orden de suscripción de fecha 20 de junio de 2016, por importe de 8.482,50 euros.

g) ... Y condenando a BANCO DE SANTANDER SA a restituir la inversión realizada en la suma de 107.840,91 euros a ... , 107.840,91 euros a ... y 116.055, 97 euros a euros, con los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de los contratos, menos la suma de los rendimientos percibidos incrementados con el interés legal devengado desde la fecha de cada abono hasta su efectiva restitución.

Las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada y no hacemos imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán Interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados integrantes del Tribunal de

apelación.

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de [sejudicial.gencat.cat](http://sejudicial.gencat.cat)

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, donde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el [Reglamento EU 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, en la [Ley Orgánica 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#) , de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del [Libro III](#) de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , del Poder Judicial.