

**Jurisdicción:** Civil  
**Ponente:** [José Isidro Rey Huidobro](#)  
**Origen:** Audiencia Provincial de Girona  
**Fecha:** 28/06/2019  
**Tipo resolución:** Sentencia  
**Sección:** Segunda  
**Número Sentencia:** 278/2019  
**Número Recurso:** 259/2019  
**Numroj:** SAP GI 912/2019  
**Ecli:** ES:APGI:2019:912

Girona, 28 de junio de 2019

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO . En fecha 5 de abril de 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 546/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. CARLOS JAVIER SOBRINO CORTÉS, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra Sentencia de 21 de diciembre de 2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora D<sup>a</sup>. LAURA PAGÈS AGUADÉ, en nombre y representación de HIDRAULICA ACTUAL S.L.

SEGUNDO . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Laura Pagès Augade en nombre y representación de HIDRAULICA ACTUAL S.L., debo; declarar y declaro la nulidad de la compra 3 de junio de 2016 en relación a la los derechos para acudir a la ampliación y de la posterior de 20 de junio de suscripción de la ampliación y por ello condenar a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. al pago de 26.181,7 euros más los intereses de mora desde la fecha de las respectivas fechas de adquisición hasta el total pago, con la obligación por parte de HIDRAULICA ACTUAL S.L. del reintegro de los títulos que tenga en su poder así como de cualquier cantidad percibida en virtud de los meritados títulos cuya adquisición se declara nula.

Estimar la acción de resarcimiento por daños y perjuicios en relación a la compra en el mercado secundario el 14 de enero de 2016 de 1.535 acciones de BANCO POPULAR por lo que condeno a la entidad demandada al pago de 3.972,34 euros más los intereses desde la fecha de la presente resolución.

Se imponen las costas a la parte demandada."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 17/06/2019.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado D. Jose Isidro Rey Huidobro.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO .- La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad de la compra de 3 de junio de 2016 en relación a los derechos para acudir a la ampliación y de la posterior de 20 de junio de 2016, de suscripción de la ampliación.

E igualmente estima la acción de resarcimiento de daños y perjuicios respecto a la compra en el mercado secundario el 14 de enero de 2016, de 1535 acciones de BANCO POPULAR, con condena al pago de 3.972,34 €.

Muestra su disconformidad la parte demandada con lo decidido en primera instancia e interpone recurso de apelación reiterando en esta alzada los motivos de oposición vertidos en su contestación a la demanda.

SEGUNDO .- El primer motivo de apelación denuncia incongruencia omisiva al no pronunciarse la Sentencia sobre la falta de legitimación pasiva de Banco Popular en relación a la compra de los derechos de suscripción preferente.

Este primer motivo de apelación debe ser rechazado, porque el primer fundamento jurídico de la resolución apelada, analiza la legitimación "ad causam" de la parte demandada, afirmando que: Efectivamente estamos ante una adquisición en mercado secundario, pero solo en relación a la primera de las adquisiciones, el 14 de enero de 2016, pues la segunda se efectuó desde la propia entidad.

En todo caso, la adquisición de las acciones en mercado primario o secundario no afecta al deber de información ni a la legitimación ad causam de BANCO POPULAR.

Resulta evidente que la efectiva influencia en la formación del consentimiento de la información contenida en el folleto informativo es cuestión de fondo del proceso, y dicha información emanada de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. permite constituirle en titular de la relación jurídica contenida en el petitum de la demanda y por ello entender que la relación está válidamente constituida entre las partes litigiosas, apreciando legitimación ad causam de la parte demandada, al ser ésta la entidad emisora de los títulos y autora de la información sobre la que se prestó el consentimiento para su adquisición.

Es verdad que en sus razonamientos no hace explícita referencia a los derechos de adquisición preferente de las acciones, pero ello no es óbice para entender que la referencia a la legitimación pasiva es general, en el sentido de que la compra de las acciones por la entidad actora, constituye una operación global que se inició con la adquisición de los derechos de suscripción, necesarios para proceder la demandante a la compra preferente de acciones procedentes de la ampliación, constituyéndose así en un precedente ineludible integrado en la operación de suscripción de la ampliación y en el precio de coste de la operación, sin justificación alguna para discriminar con eficacia la

adquisición de los derechos por un lado y la suscripción preferente de la ampliación a la cual accedía a través de ella.

Si a ello se añade que la compra de los derechos se suscribía en las mismas oficinas del Banco, en el momento de firmar las órdenes de compra de las acciones, y la comercialización se instrumentó mediante una póliza de crédito cuyo importe abarcaba tanto la compra de las acciones como de los derechos de suscripción preferente, todo indica razonablemente que la parte compradora no tuvo conocimiento de que contratara con otro que no fuera el propio Banco o que adquiriría los derechos de un tercero, ajeno a sus designios.

De hecho, la sentencia apelada ya viene a dispensar esta interpretación cuando establece que la devolución de los derechos es consecuencia de la aplicación del art 1303 CC , respecto a las segundas adquisiciones de 3 de junio, en relación a la compra de los derechos para acudir a la ampliación, dentro de la recíproca restitución de las prestaciones de las partes.

Por lo tanto, no puede aceptarse la incongruencia omisiva denunciada en el recurso, porque la posición mantenida en la sentencia revela el criterio que aquí se ha expuesto, pudiendo cuestionar la parte recurrente los argumentos de la Juzgadora "a quo" respecto a la falta de legitimación pasiva ad causam, pero no sostener la infracción del art 218 LEC , porque sí existe respuesta a la oposición planteada en ese sentido, rechazándose la misma.

TERCERO. - La legitimación pasiva ad causam [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas. En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen, lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente.

Este juicio descriptivo de la legitimación "ad causam", emitido en la STS de 27/06/2011 , conduce a apreciar, en el caso presente, una vinculación subjetiva indiscutible del Banco demandado, con la compra de los derechos, precisa para acceder a la suscripción preferente de acciones, que era lo propugnado ante la entidad bancaria por la parte actora, propiciando dicha entidad la consecución de dicho objetivo mediante la compra previa de los derechos de un accionista no interesado en la suscripción de la ampliación, dentro de una operación global concertada y formalizada bajo la gestión del Banco demandado, que le legitima pasivamente para responder de los pedimentos deducidos en la demanda.

Por todo ello, se desestima este primer motivo de apelación, porque como dice la sentencia, la adquisición de las acciones en el mercado primario o secundario no afecta al deber de información claro y veraz de la entidad bancaria ante la cual se comercializa y gestiona la operación. Y la acción ejercitada con carácter principal es de anulación de la orden de compra de las acciones con el efecto, no de la devolución de la cantidad

invertida, sino de la restitución de dicha cantidad con sus intereses, debiendo la actora por su parte, hacer entrega de los títulos comprados y con los rendimientos y sus intereses.

En definitiva, la legitimación pasiva la determina la condición de entidad emisora del folleto informativo de las acciones, con independencia de si estas fueron adquiridas durante la oferta pública de suscripción o en el mercado secundario, criterio ya mantenido por este propio tribunal AP de Girona, Sección 2ª, en Sentencia de 12 de junio de 2018 ; también en Sentencias de la AP de Madrid, sección 3ª, de 5 y 11 de octubre de 2018 ; y AP de Barcelona, Sección 17ª, de 30/05/2019 . Y por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2013 donde dice que los inversores que adquirieron acciones a través de la oferta pública sufrieron error en el consentimiento por cuanto el folleto informativo contenía información falseada, debe sostenerse que los posteriores adquirentes en el mercado secundario lo hicieron con fundamento en la información que constaba en el referido folleto, por lo que respecto a los mismos son aplicables las mismas consideraciones relativas al error en el consentimiento padecido.

CUARTO. - En el Fundamento Segundo de la sentencia apelada, se hace un cumplido análisis de la incidencia de la adquisición en mercado primario o secundario, respecto a la información que se ha de proporcionar, a partir del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, destacando la obligación mínima de información y responsabilidad por las inexactitudes del folleto informativo, arts 37 y 38 , acogiendo plenamente este tribunal el contenido de dicho fundamento a efectos de determinar la obligación de la empresa de servicios de inversión de facilitar la información que impone la normativa legal, reforzada tras la transposición de la normativa MIFID, independientemente de que la acción no sea un producto de inversión complejo.

QUINTO. - Como segundo motivo de apelación se alega que la prueba aportada por la actora no evidencia que las cuentas anuales del Banco Popular contuviera irregularidades, ni tampoco que la información proporcionada por el Banco fuera incorrecta o incompleta.

En este motivo se cuestiona que la información facilitada cuando en el año 2016 decide ampliar su capital, que la sentencia califica de inexacta y sesgada, tuviera carácter notorio.

Son hechos plenamente conocidos, y por tanto notorios, que Banco Popular, después de haber concluido una importante y exitosa ampliación de capital de 2.500 millones de euros, al cabo de menos de un año, se encuentra en situación de inviabilidad, hasta el punto de ser vendido a Banco de Santander por un precio simbólico de un euro.

Este hecho es notorio porque el tribunal lo conoce y tiene la convicción de que tal conocimiento está generalizado y es compartido entre los ciudadanos medios miembros de la comunidad, tratándose de una materia de interés público, entre los que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan, (más de 300.000 entre accionistas, bonistas y preferentistas), - SSTs de 11/02/2009 y 09/05/2013 ; circunstancia que hace que quede exento de necesidad de prueba, conforme al art 281.4 de la LEC .

A partir de aquí, las afirmaciones realizadas por el órgano "a quo", basada en criterios desarrollados en diversas sentencias que cita, en el contenido de los folletos explicativos proporcionados y en general en las pruebas sobre la información dispensada, analizados bajo el prisma de la lógica y la razonabilidad, no admiten reproche alguno, cuando argumenta que a través del folleto informativo de la ampliación de capital, supervisado y aprobado por la CNMV, la mercantil actora dispuso de algunos elementos de juicio para poder apreciar el riesgo de su inversión, pero el Banco no ha acreditado que informara sobre datos acordes con la situación de insolvencia que resultó patente en el mes de junio de 2017, y que de haberse divulgado no solo habría dado pie al rechazo de la ampliación, sino también a la salida de capital.

De ahí que se mantenga por el órgano "a quo", que para no perjudicar al Banco, se ofrecía una imagen de solvencia, maquillaban datos, se ocultó información o se ofreció sesgada, pues no hay otra explicación racional para que al cabo de menos de un año, se produjera la quiebra de la entidad por todos conocido.

A la misma conclusión llegan las sentencias que se citan de la AP de Barcelona y de Valladolid, analizándose en esta última con detalle los datos de la entidad, de donde se extrae que no solo había un problema de liquidez, pues de ser así se habrían admitido por los organismos europeos las garantías ofrecidas para obtenerla; lo cual evidencia que existía un auténtico problema de solvencia que no constaba en la información ofrecida.

SEXTO .- La prueba pericial del Banco demandado, en la cual intenta apoyarse el recurso para sostener que BANCO POPULAR cumplió en todo momento con los deberes de información que le eran exigibles, no merecen a juicio de este tribunal la credibilidad que se les pretende atribuir en el recurso, porque su intención de devaluar el Informe Pericial emitido por D Gabriel y D Guillermo , según se indica en el dictamen emitido a instancias de BANCO POPULAR, no ha desvirtuado las afirmaciones de la sentencia vertidas en su Fundamento Jurídico

TERCERO, donde literalmente se dice : "Es innegable que la entidad oferente generó una apariencia de solvencia, hasta el punto de declarar beneficios en los sucesivos ejercicios anuales, salvo en los años 2012 y 2016, consiguiendo tal apariencia mediante una estrategia de refinanciación de la deuda, siendo notorio que la causa de la crisis del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. ha sido 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 JUR (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. Si eran posibles medias de inyección de liquidez como alternativa de la liquidación de la entidad, las mismas no se adoptaron, puesto que el problema era de solvencia ante la insuficiencia de las garantías presentado para tratar de evitar tal decisión liquidatoria." Pues bien, la pericial practicada a instancia de la parte demandada, respecto de la cual el perito Sr.

Iván compareció en el acto de la vista y respondió a las preguntas de los respectivos letrados de las partes litigantes, a juicio de este tribunal, coincidente con el del órgano "a quo", no justifica una diferente valoración de la prueba en esta instancia, pues la información que se ofreció a los clientes, conforme a la declaración de la Sra. Emma ,

trabajadora del Banco que intervino en la operación de adquisición de acciones por parte de la demandante, habría quedado ceñida al folleto informativo elaborado al efecto.

Pero en las cuentas anuales presentadas no se clasificaron correctamente los créditos de su cartera en riesgo de impago, ni se realizó una correcta valoración de activos, ni se calcularon correctamente las provisiones en contra de la opinión de la pericia de la demandada, que no consigue convencer de que la imagen de solvencia difundida a la opinión pública con motivo de la ampliación de capital de mayo y junio de 2016, no respondía a un reflejo fiel de la auténtica situación económica de la entidad, sino que con ella se intentaba ocultar el resultado negativo de una política mantenida que había generado activos tóxicos y morosos, aumentados por la adquisición del Banco Pastor.

No obstante, la ampliación de capital de 2016, que pretendía normalizar la actividad de la entidad, reforzar la rentabilidad y reducir el riesgo para volver a la política de dividendos, no sirvió para equilibrar la solvencia del Banco, que manejaba aspectos contables distorsionadores de la verdadera situación, quedando evidenciada la existencia de un déficit en la dotación de provisiones anteriores al año 2015, unido a que parte de la ampliación de capital fue suscrita a través de préstamos concedidos por el propio Banco.

Por lo expuesto, la valoración de la prueba pericial efectuada por el órgano "a quo" en su sentencia, se ajusta a las reglas de la sana crítica y de la razonabilidad, art 348 LEC , ya que los argumentos de que la causa de la insolvencia estuvo en una crisis de liquidez a corto plazo sobrevenida como consecuencia de la rápida y cuantiosa fuga de depósitos, no se compadece con las cifras que pasaron de unas ganancias de 93,6 millones el primer trimestre de 2016, a unas pérdidas de más de 12.218 millones a 30 de junio de 2017.

Y ni las previsiones de reserva indicadas por el perito en el acto de la vista, que no cubrieron la fuga de depósitos producida, ni la ampliación de capital supuestamente destinada a normalizar la actividad (en realidad a tapan el agujero derivado de la política seguida), consiguieron los designios informados, al existir un lastre provocado por insuficiencias de provisiones y créditos dudosos, incrementado por el ámbito inmobiliario de la entidad, que alejaba la realidad de las previsiones del Banco, de 4.700 millones de deterioros adicionales y dotaciones, cuando el informe publicado por Deloitte, antecedente de la intervención de la Junta de Resolución (JUR), cifra las pérdidas por ajustes adicionales en una horquilla de entre 11.800 y 20.000 millones de euros, en función del escenario positivo o negativo que se presentara, sobrepasando con mucho las previsiones del Banco, que no quedan avaladas por el hecho de que se valorasen los activos como banco en funcionamiento, mientras la JUR los valoró como entidad en liquidación, pues ello es demostrativo de que la visión que el Banco pretendía difundir, de entidad que normalizaba la actividad a través de la ampliación de capital, no se correspondía con la auténtica situación económica de la entidad.

El elevado volumen de pérdidas no puede atribuirse en consecuencia a un problema puntual de liquidez, sino a una clara situación de falta de solvencia, que fue la determinante de que se acordase la intervención por el Banco Central Europeo, con la consiguiente consecuencia de la pérdida absoluta del valor de las acciones.

Así, el 30 de mayo de 2017 se difundió la noticia de que Bruselas se preparaba para intervenir el Banco Popular si no había comprador, y la retirada significativa de depósitos se produjo los días 1 y 2 de junio, por lo que es evidente que dicha retirada fue la consecuencia de la previsible intervención de la entidad atendida su situación económica y no la causa de una falta de liquidez coyuntural.

En consecuencia, debe ser rechazado este motivo del recurso, porque no informada la parte actora por las empleadas del Banco sobre la falta de solvencia, que razonablemente no conocían, es el folleto que 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.

El contenido del folleto no informaba fiel y cabalmente de esas cuestiones y por lo tanto, no ha quedado acreditado que Banco Popular cumpliera con el deber de información que le era exigible, ya que en el folleto de ampliación de capital que se facilitó a los clientes, se distorsionó la verdadera situación al no respetar aspectos de la normativa contable; no clasificarse correctamente la cartera de créditos en riesgo de impago, ni realizar una correcta valoración de activos, afectándose globalmente las cuentas de la entidad de manera que impedían ponderar el estado de solvencia real y la solidez de su situación financiera.

SÉPTIMO .- En cuanto al error en la valoración de la prueba al omitir el perfil inversor de la Sociedad y al no analizar la documentación precontractual entregada a los apoderados de la mercantil actora, debe indicarse que en la demanda se está ejercitando la acción de nulidad por vicio en el consentimiento por una manipulación o falseamiento en el estado de solvencia de la entidad, lo cual hace que la experiencia inversora resulte irrelevante, pues esta no proporciona capacidad para desvelar las inexactitudes y apariencias engañosas informadas para facilitar la inversión, reforzada esta mediante la oferta de un sistema de financiación consistente en la concesión de una póliza de crédito con el propio Banco, para la compra de las acciones.

Por lo tanto, no tratándose la compra de acciones, de la adquisición de un producto complejo, en el que la condición de profesional o de persona con particular experiencia inversora, devienen irrelevantes; y la simple condición de inversor minorista de la entidad demandante, a quienes va dirigida la oferta pública y la emisión del folleto, se enerva la posibilidad de cuestionar el error en el consentimiento, por causa de la condición personal de la adquirente de las acciones, que no consta dispusiera de otra información que le permitiera conocer la situación económica real de la empresa, más allá de lo indicado en el folleto y lo informado por la empleada del Banco.

Sin que por lo demás, las personas que gestionaron la compra en representación de la demandante, tuvieran la condición de profesionales de la inversión o de expertos en el

sector financiero por el hecho de administrar dos sociedades que al parecer trabajaban con el Banco y disponer a título personal de una cartera de acciones y realizar operaciones de financiación empresarial, (préstamos, pólizas y tráfico bancario), según se desprende de la declaración la Sra. Emma en el acto de la vista.

En consecuencia, debe ser desestimado este motivo de apelación sin otras consideraciones.

OCTAVO .- La alegación de la falta de requisitos exigidos para estimar la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, debe ser igualmente rechazada, pues la declaración de nulidad del contrato de compra de las acciones por error en el consentimiento requiere: Que exista error en el consentimiento.

Que el error sea esencial.

3) Que el error sea excusable.

La jurisprudencia viene manteniendo que existe error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, debiendo recaer el error sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Asimismo, el error debe ser esencial al proyectarse sobre la causa principal de la celebración del contrato y ha de ser excusable.

El error sustancial en relación con el consentimiento otorgado en la suscripción de las acciones de la demandada debe recaer sobre el objeto del contrato, y por ello la información es imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente su consentimiento, siendo lo que vicia el consentimiento por error no el incumplimiento per se del deber de ofrecer información veraz en el folleto informativo, sino las consecuencias que de la falta de esa información veraz se derivan en la prestación del consentimiento.

El incumplimiento del deber de ofrecer una imagen fiel de la entidad en el folleto informativo incurre directamente en el requisito de excusabilidad del error, puesto que el conocimiento equivocado sobre la situación económica y financiera de la demandada le es excusable al cliente.

Aplicando el criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa, resulta que la información falseada ofrecida por la demandada en el folleto informativo implica que no se haya acreditado que en el momento de la contratación el cliente tenía un conocimiento suficiente de la situación económica y financiera de la entidad y de las repercusiones que ello tenía en las acciones a adquirir.

Ese error recae sobre los riesgos concretos de la situación económica y financiera y el desconocimiento de dichos riesgos afecta a la causa principal de la contratación de modo que el desconocimiento de tales riesgos concretos evidencia que la representación mental que el actor se hacía de lo que contrataba era equivocada, puesto que con una finalidad de adquirir acciones en una entidad solvente las adquirió en una entidad con riesgo cierto de insolvencia.

Por tanto, concurre error en el consentimiento derivado de la información falseada ofrecida por la demandada.

Dicho error es esencial al recaer sobre las condiciones en que las acciones salían al mercado y la situación económica de la entidad emisora. Frente a ello la alegación de la recurrente de que el error no es esencial porque el actor conocía que no contrataba un producto seguro sino sometido a riesgos carece de fundamento.

Así, ya se ha dicho que la acción no se ejercita respecto al error en el consentimiento sobre la naturaleza del producto contratado, no se cuestiona que las acciones son producto no complejo de riesgo, sino respecto a la real situación económica de la entidad emisora al haberse ofrecido información falseada en el folleto informativo necesario para la emisión de la oferta pública de suscripción de acciones y que desplegaba sus efectos también cuando la adquisición se efectuaba en el mercado secundario bajo la vigencia de dicho folleto informativo.

El error es excusable por cuanto no puede ser imputado a la parte actora por falta de diligencia, sino a la información equivocada ofrecida por la entidad bancaria. Así, de la prueba practicada no resulta acreditado que la parte actora hubiese dispuesto de información sobre la demandada distinta a la que pudiese obrar en el folleto informativo que le permitiese detectar que la información del folleto no era reflejo de la verdadera situación de Banco Popular, sin que pueda exigírsele, atendida su condición de inversor minorista, mayor nivel de comprobación que el desplegado por los organismos que debían controlar la veracidad de los datos del folleto informativo y aprobar su emisión, y que no detectaron en su momento la imagen falseada que se ofreció en dicho folleto.

En consecuencia, siguiendo el criterio desarrollado por la AP de Barcelona, Sección 17ª, en sentencias de 17 de enero y 30 de mayo de 2019 , cuya argumentación hermenéutica y de aplicación normativa aquí se recoge, ha de concluirse que el contrato de adquisición de acciones es nulo por vicio de consentimiento, al quedar invalidado por el error sufrido por el actor.

Y en su consecuencia, procede también desestimar el recurso de apelación en este extremo y confirmar la sentencia de instancia respecto a la existencia de vicio de consentimiento que determina la nulidad del contrato suscrito por el actor.

NOVENO .- En cuanto a los presupuestos de la acción específica de responsabilidad por daños y perjuicios que mantiene la condición de principal respecto de las acciones adquiridas en el mercado secundario, no se puede sostener como propone la parte apelante que se trata de una acción específica de responsabilidad civil derivada del folleto, entre otros motivos porque la compra de enero de 2016 a la que se circunscribe la petición de daños y perjuicios, es anterior a la publicación del folleto de la ampliación de capital de mayo- junio 2016.

De ahí que atendiendo a lo dispuesto en el art. 1101 del CC en orden a la responsabilidad contractual, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella.

Respecto a la información a cargo de la entidad financiera, corresponde a la entidad bancaria demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a la ahora demandante de la naturaleza y características del producto, así como de las circunstancias que lo rodeaban, y en particular de las incertidumbres para el año 2016 que aconsejaban aplicar criterios muy estrictos que podrían dar lugar a provisiones o deterioros cuantiosos, acaecimientos determinantes para conformar un conocimiento cabal del cliente inversor.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo 7 del artículo 217 LEC , en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía la operación que ofertó propiciando su contratación.

La entidad bancaria no ha demostrado que informara a la compradora de manera fiel, clara y completa de los avatares del Banco, 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, que sólo podía resultar, aunque la adquisición se realizase en el mercado secundario, de lo que se le informara al cliente, bien de forma personal o en el folleto informativo, que respecto a esta primera adquisición de acciones no era el folleto emitido posteriormente para la ampliación de mayo- junio 2016, puesto que la compra es anterior.

Y tratándose de una entidad que prestaba servicios en España, debía disponer de un sistema de información de datos y difundirlos mediante los informes anuales y financieros semestrales, que contemplan los arts 118 y 119 del TRLMV, con las responsabilidades que establece el art 124.2 de daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los valores como consecuencia de la información no fiel proporcionada.

Realmente, no hay constancia de que esa información se proporcionara a la parte actora y menos que esta fuese veraz y ajustada a la realidad de la entidad, pues ni se ha acreditado el informe personal y directo, ni el documental mediante folleto informativo específico para dicha compra, claro, completo y carente de apreciaciones subjetivas que alteren la situación económica y desfase patrimonial, ni los informes semestrales que muestren las cuentas anuales resumidas, el informe de gestión intermedio y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido y el sometimiento a auditoría de cuentas anuales y su difusión.

Como entiende la jurisprudencia, STS de 18 de abril de 2013 . "La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados" La falta de prueba de una información eficiente y fiel por parte de la entidad financiera, que como se ha dicho no se ha demostrado, comporta un incumplimiento de las obligaciones inherentes a la naturaleza del contrato y su consecuencia no puede ser otra que la de la condena a la indemnización de los daños y perjuicios reclamada por la parte actora respecto de las acciones adquiridas en el mercado secundario, en aplicación

tanto de la normativa sectorial mencionada como de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual en el Código Civil.

Por todo lo expuesto, es desestimado el recurso en su totalidad y confirmada la sentencia apelada que viene a coincidir con el criterio mantenido en la materia por la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales, que son citadas en el escrito de oposición a la apelación a título de ejemplo, además de la que ya son citadas en la sentencia de primera instancia y en esta misma.

DÉCIMO .- El rechazo de la apelación conlleva la imposición a la parte apelante de las costas de esta instancia, conforme al art 398.2 en relación con el art 394.1 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLO:**

Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. CARLOS JAVIER SOBRINO CORTÉS, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra Sentencia de 21 de diciembre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona dictada en los autos de Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) nº 546/2018, de los que el presente rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación.

Dese al depósito para recurrir el destino legal.

De acuerdo con la Disposición Final 16 y la Disposición Transitoria Tercera de la LEC 1/2000 , contra esta Sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo solamente si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477. También cabe recurso extraordinario por infracción procesal ante el mismo Tribunal conforme a lo previsto en los artículos 468 y siguientes de la misma norma , siempre que concurra aquel interés casacional exigido por el recurso de casación y se formule de manera conjunta con este; dichos recursos deberán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes y, una vez firme, remítanse las actuaciones originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.

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