



Roj: **SAP V 6100/2017 - ECLI: ES:APV:2017:6100**

Id Cendoj: **46250370082017100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **8**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **982/2016**

Nº de Resolución: **72/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EUGENIO SANCHEZ ALCARAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 982/16

**SENTENCIA Nº 000072/2017**

**SECCIÓN OCTAVA**

=====

Ilmo. Sr.D:

EUGENIO SANCHEZ ALCARAZ

=====

En la ciudad de VALENCIA, a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, constituida por el Magistrado Ilmo. Sr D. EUGENIO SANCHEZ ALCARAZ como órgano unipersonal, los autos de Juicio Verbal, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 22 de Valencia, con el nº 000949/2016, por D. Roque y Dª Aida representado por el Procurador Dª. Elvira Orts Rebollida y dirigido por el Letrado D. Lucas Godoy Herrera, contra BANKIA S.A., representado por el Procurador Dª. Laura Rubert Raga y dirigido por el Letrado D. Luis Briones Bori, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Roque y Dª. Aida .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia, apelada pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 22 de Valencia, en fecha 7 de julio de 2016 , contiene el siguiente: "FALLO:Que desestimando la demanda interpuesta por D. Roque y Dª. Aida , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Elvira Orts Rebollida; contra Bankia, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Laura Rubert Raga, en ejercicio de acción declarativa y de reclamación de cantidad por importe de 4.725 euros; DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos contra ella contenidos en la demanda; y todo ello con imposición de las costas procesales a la parte actora".

**SEGUNDO** .- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por D. Roque y Dª. Aida , que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para la resolución del recurso de Apelación el **27** de marzo de 2017

**TERCERO** .- Se han observado las prescripciones y formalidades legales

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Don Roque y Doña Aida formularon el 24 de Mayo de 2.016, demanda de juicio verbal contra la entidad Bankia S.A., tendente a la obtención de una sentencia que declarase con carácter principal, la anulabilidad por vicio de consentimiento de dolo y/ o error el contrato por el que se suscriben 3.000 acciones de Bankia en el mercado secundario por los actores y que, como consecuencia de la anulación de ese contrato, y



en virtud de lo dispuesto en el **artículo** 1.303 del Código Civil, se condene a Bankia S.A. a restituirles la cantidad de 4.725 euros, incrementada en los intereses legales que se devenguen desde la fecha de adquisición de las acciones e igualmente, ellos deberán restituir la totalidad de las acciones de Bankia S.A. en cumplimiento de los efectos de la nulidad contractual, y subsidiariamente, se declarase la responsabilidad de la demandada, en aplicación del **artículo** 35 ter de la LMV, por incumplimiento de sus deberes de información, lealtad y transparencia y en consecuencia, se la condenase en los mismos términos por los daños y perjuicios causados, todo ello con condena en costas a la demandada. El sustento fáctico de la pretensión era que en la fecha de la adquisición de las acciones el 17 de Mayo de 2.012, la demandada no había reformulado sus cuentas y, por tanto aún no se conocía la situación de insolvencia de la entidad. Aquella tuvo lugar el 25 de Mayo de 2.012 y, por tanto, dispuso de la misma información con la que contaron quienes la suscribieron antes de la salida a bolsa, y que no es otra que la imagen de solvencia y los multimillonarios beneficios que publicitó. La demandada se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que los Sres. Roque y Aida compraron los títulos en el mercado secundario, por lo que les correspondería la carga de la prueba acerca del error padecido como vicio del consentimiento, sin que proceda la remisión a la información contenida en el **Folleto** Resumen de la **OPS**, alegando del mismo modo la prescripción y/o caducidad de la acción, por lo que no procedería en modo alguno la cantidad que se reclama en la demanda. La sentencia de instancia acogió la tesis de la parte demandada, y en su virtud, desestimó íntegramente la demanda deducida por Roque y Doña Aida absolviendo a Bankia S.A. de las pretensiones deducidas en su contra y ello con imposición a los actores de las costas causadas, siendo esta resolución recurrida por ellos en apelación.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación formulado por los Sres. Roque y Aida tiene como sustento básico la aplicabilidad del error sobre el **folleto** a compras efectuadas en el Mercado Secundario con anterioridad a la reformulación de las cuentas por parte de Bankia S.A. El **artículo** 1.266 del Código Civil indica que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Como expresan las SS. del T.S. de 22-5-06, 17-7-06 y 13-2-07, a título de ejemplo, para que el error como vicio de la voluntad negocial sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, esto es, 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 (SS. del T.S. de 12-7-02, 24-1-03 y 12-11-04) y además que, por otra parte, sea excusable, es decir, no imputable a quien lo 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, ya que el inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento (SS. del T.S. de 14 y 18-2-94, 6-11-96, 30-9-99 y 24-1-03). Esta última exigencia tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no lo merece por su conducta negligente (SS. del T.S. de 12-7-02, 24-1-03, 12-11-04 y 17-2-05). De modo que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (SS. del T.S. de 20-1-14). A su vez, es a la parte demandante a quien incumbe la carga de probar la concurrencia de los vicios del consentimiento, en este caso, el error, en que funda su pretensión de nulidad del contrato (SS. del T.S. de 4-12-90, 13-12-92, 30-5-95 y 1-2-06, entre otras). En efecto, hay que partir de que el consentimiento manifestado para la celebración de un negocio jurídico es, en principio, libre y conscientemente prestado por quien interviene en el mismo, y ello no requiere de argumentación añadida alguna. Será la conclusión contraria, la negación de **validez** y de efectividad del consentimiento así prestado, la que habrá de motivarse adecuadamente en atención a las pruebas practicadas de las que ello se deduzca (SS. del T.S. de 12-2-13). Los Sres. Roque y Aida indicaban en su demanda, tal como se ha expuesto con anterioridad, que cuando adquirió las acciones, la demandada no había reformulado sus cuentas y, por tanto aún no se conocía la situación de insolvencia de la entidad, de modo que la información recibida no era acorde con la realidad y ello influyó en su voluntad de compra de las acciones, que, de otro modo, no se hubiese realizado.

**TERCERO.-** Este Tribunal no comparte la apreciación de la sentencia de instancia, en orden a no haberse acreditado la existencia del error y de que con una mínima diligencia podrían haberlo despejado y así se ha pronunciado en la SS. número 425 de 28 de Noviembre de 2.016 al expresar que "El **artículo** 30 bis de la LMV defina la oferta pública de suscripción como aquella comunicación realizada en cualquier forma y medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrece, de modo que permita al inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores. Esta información se realiza a través del **Folleto** Informativo, salvo en aquellos casos especialmente exceptuados, de tal manera que el núm. 2 del **artículo** 30 bis considera que el **folleto** tiene carácter constitutivo de forma que toda oferta pública que no esté precedida de la elaboración del **folleto** no será tenida como tal y no conseguirá la admisión a cotización de dichos valores, y, por otra parte, la publicación del **folleto** es un requisito ad solemnitatem,



de forma que la oferta pública debe ofrecer la información a través de la publicación del **folleto** aportado, aprobado y registrado en la CNMV. La salida a Bolsa de Bankia requería, entre otros requisitos, "La aportación, aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de un **folleto** informativo, así como su publicación" ( **artículo** 26.1.c/ de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores . Dicho **folleto**, según el **artículo** 27.1 de la misma Ley , debía contener "la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El **folleto** contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible". En el resumen del **folleto** emitido por la demandada se **dice** que "Bankia es la primera entidad financiera en términos de activos totales en España con unos activos totales consolidados pro forma a 31 de Diciembre de 2.010 por importe de 292.188 millones de euros", de forma que se presenta como una de las primeras entidades del panorama financiero español, plenamente solvente, que obtenía beneficios, con recursos sólidos, gran implantación comercial y de clientes y, por todo ello, de plena confianza para el inversor. Contrariamente a ello, esa imagen de solvencia y plena confianza que hasta ese momento transmitía Bankia, se vio radicalmente transformada a raíz de la reformulación de las cuentas anuales de 2.011 que se efectúa el 25 de Mayo de 2.012, que de un reflejo contable de beneficios pasan a atribuir al ejercicio 2.011 unas pérdidas de 2.979 millones de euros, requiriendo, además, una ayuda del FROP de 19.000 millones de euros para el grupo BFA-Bankia, de los que 12.000 millones se destinarían a recapitalizar Bankia, siendo hoy un hecho notorio que esa petición ha sido atendida y que Bankia ha recibido sustanciosas ayudas de capital público. Centrada la litis en examinar si la demandada cumplió con el deber de información que le impone la normativa de aplicación y si, en atención a ello, la demandante tuvo cabal conocimiento del negocio de adquisición de acciones que realizaban, correspondía a la citada entidad acreditar, desde luego, la observancia de probar el efectivo cumplimiento de tal deber. Si la información y supuesta solvencia de la entidad no se ajustaba a la realidad, por más que las acciones no sean un producto complejo y estén sujetas a fluctuaciones y riesgos, debe necesariamente concluirse con que la demandante, sin ningún tipo de experiencia financiera, ni bursátil, ni económica, podía asumir las variaciones propias del mercado de valores y también sus propias fluctuaciones, pero no pudo prever, con los datos que les fueron suministrados, el resultado que después se produjo, con pérdida de su inversión, siendo, por tanto, que vertió, en definitiva, un consentimiento viciado, inducida por una información de solvencia que no era la real y con error sobre el valor razonable de la acción, que recayó, además, sobre un elemento esencial y que era excusable por cuanto difícilmente se podía exigir otra conducta de verificación de solvencia de la entidad cuando dicha situación no fue detectada por los organismos reguladores y de control, especialmente dedicados a esa función. No puede existir consentimiento válidamente formado sin información previa. En dos sentencias del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 2.016, números 23/2016 y 24/2016 , respectivamente, se resuelve de forma definitiva la cuestión litigiosa. En la primera de dichas sentencias el Alto Tribunal señala: "Como quiera que se trataba de la salida a bolsa de una entidad que hasta ese momento no cotizaba, sus acciones no tenían un "historial" previo de cotización en un mercado secundario oficial, por lo que el **folleto** era el único cauce informativo de que disponía el pequeño inversor. Si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el **folleto** informativo regulado en los **artículos** 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del R.D. 1310/2005 de 4 de Noviembre , tal información 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. Y si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia, es claro que la Audiencia anuda dicho déficit informativo a la prestación errónea del consentimiento, en los términos expuestos, sin necesidad de que utilicen expresamente los vocablos nexo causal u otros similares. Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco (que provenía de la transformación de una Caja en la que tenían sus ahorros), se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tiene que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia; de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento. Y eso lo explica perfectamente la Audiencia en su sentencia, tal y como hemos resumido en el apartado 4.vi del fundamento jurídico primero; estableciendo los siguientes hitos de los que se desprende nítidamente la relación de causalidad: 1º) El **folleto** publicitó una situación de solvencia y de



existencia de beneficios que resultaron no ser reales; 2º) Tales datos económicos eran esenciales para que el inversor pudiera adoptar su decisión, y la representación que se hace de los mismos es que va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios; cuando realmente, estaba suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias. 3º) El objetivo de la inversión era la obtención de rendimiento (dividendos), por lo que la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resultó determinante en la captación y prestación del consentimiento. 4º) La excusabilidad del error resulta patente, en cuanto que 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 pequeño inversor. 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 X 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». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación". En la segunda sentencia se indica: "Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el **folleto** presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal **folleto** es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el **folleto**, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de X en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual. No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el **folleto** no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal **folleto** y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el **folleto** de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores". Con relación a que ninguna responsabilidad se le puede exigir por el **folleto** y la consecuente falta de acción al haber comprado en mercado secundario, decir que no hay nada que objetar al razonamiento sobre el modo de adquisición de las acciones por parte del demandante (en un mercado secundario), y la imposibilidad de aplicar a esta adquisición la jurisprudencia recaída con relación a compras vía Oferta Pública de Suscripción de acciones, pues en el primer caso es evidente que, además del **folleto** emitido para la salida a bolsa y la información contable de la entidad, tienen también especial relevancia las vicisitudes que hayan afectado a la entidad desde que se produjo dicha salida a bolsa, en particular, su historial de cotización y la coyuntura económica del momento. Sin embargo, tal razonamiento no puede ser de aplicación al presente caso porque si la salida a bolsa de Bankia se produjo el 20 de Julio de 2.011 y la compra de acciones por parte de los demandantes tuvo lugar antes de que se reformularan las cuentas, difícilmente puede entenderse que el comprador contara a la hora de decidir su inversión con información distinta de la que dispusieron quienes compraron a través de la referida oferta pública de suscripción de acciones, si acaso, pudieron tener en cuenta el éxito inicial de dicha suscripción, que a su vez, obviamente, vino influenciado por toda la información emitida por la propia entidad, y que, como se ha demostrado por ser ya un hecho notorio, era claramente errónea como así se demostró al reformular las cuentas en Mayo de 2012. Concurren, por tanto, todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la estimación de la pretensión actora "

**CUARTO.-** En esta misma línea la SS número 420 dictada el 25 de Noviembre de 2.016 expresaba que " Partiendo de ello, y aun reconociendo que hay situaciones normales de disfunción propias del mercado, hemos de tener en cuenta que en el caso la misma es originaria y culpable a partir de la creación de una apariencia absolutamente falsa con origen en el **Folleto** informativo que acompañaba la **OPS** que sirvió para trasladar al mercado financiero - **artículos 27-2** de la LMV y **16 del RD 1310/05** - la información necesaria para que los inversores (pudieran) hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor, pero con una imagen incierta de la sociedad emitente, algo que se produce además justo en las fechas inmediatamente anteriores a la adquisición de nuevos títulos ya en el mercado secundario en las que pervive plenamente el sentido no solo abstractamente informativo sino legal, de aquellos contenidos. Lo que implica que cuando se produce la adquisición en el



mercado secundario de las acciones emitidas por Bankia a finales de Junio de 2.011, no hay más información que la contenida con ocasión de la emisión originaria, la del **Folleto OPS**, cuya **validez se extiende, dice el artículo 27 del RD 1310/05**, por un **periodo de doce meses**, con la circunstancia añadida -posterior a los negocios jurídicos cuestionados- de la reformulación en Mayo de 2012 de las cuentas correspondientes al ejercicio 2.011. Hubo por tanto un arrastramiento de la apariencia generada por la sociedad cotizada- Bankia- de la que fue, y solo ella, responsable. La consecuencia esencial de esta falsedad sobre la información financiera de la emitente fue que condicionara el resultado del mercado donde, con esa falsedad en origen, la fluctuación dejaba de ser libre en el sentido de no ser de "mercado" pues el mismo no podía ni subsanar ni evitar, porque no lo conocía, la evolución conforme a la información financiera emitida por la emitente". "En efecto, Bankia emite y comercializa las acciones con graves omisiones e inexactitudes en los estados financieros de tal magnitud que tiene un impacto muy significativo en la información financiera incluida en el **Folleto** que, por tal circunstancia, no refleja la imagen fiel ni del grupo BFA ni de Bankia, y no es hasta la reformulación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2.011 que se pone de manifiesto el error". De ahí que deba estimarse el recurso y dar lugar a la demanda en su pedimento principal, sin que sea apreciable caducidad alguna en su ejercicio, porque la misma fue rechazada y consentida por quien la había invocado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia ahora apelada.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el **artículo 398.2** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la estimación del recurso comporta la no imposición de las costas de esta alzada, siendo las de primera instancia de cargo de la demandada, según prescribe el **artículo 394.1** del mismo texto legal al estimarse íntegramente la demanda.

Vistos los **artículos** citados y demás de general aplicación.

## FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Elvira Orts Rebollida en nombre de Don Roque y Doña Aida contra la sentencia dictada el 7 de Julio de 2.016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia, en autos de juicio verbal seguidos con el nº 949/16, que se revoca en su totalidad y, en su virtud, se estima la demanda formulada por Don Roque y Doña Aida contra Bankia S.A., declarando la anulabilidad por vicio de consentimiento por error del contrato por el que suscribieron 3.000 acciones de dicha entidad en el mercado secundario y que, como consecuencia de ello, y en virtud de lo dispuesto en el **artículo 1.303** del Código Civil, se condene a Bankia S.A. a restituirles la cantidad de 4.725 euros, incrementada en los intereses legales que se devenguen desde la fecha de adquisición de las acciones e igualmente, ellos deberán restituir la totalidad de las acciones de Bankia S.A. en cumplimiento de los efectos de la nulidad contractual, y todo ello con imposición de costas a la demandada, sin hacer pronunciamiento sobre las de esta alzada. Dese al depósito constituido el destino legal procedente. Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Contra la presente no cabe recurso alguno.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.