



Roj: **SAP O 1222/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1222**

Id Cendoj: **33044370052015100131**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **140/2015**

Nº de Resolución: **128/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1222/2015,**
STS 92/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00128/2015

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 140/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a once de Mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 1.052/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **140/15**, entre partes, como apelante y demandada **BANKIA, S.A.**, representada por el Procurador Don Ricardo de la Santa Márquez y bajo la dirección de la Letrado Doña María José Cosmea Rodríguez y como apelados y demandantes **DON Ricardo y DOÑA Lidia**, representados por la Procuradora Doña Florentina González Rubín y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha diez de Marzo de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda formulada por la procuradora D^a Florentina González Rubín, en la representación de autos, contra BANKIA S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la suscripción de acciones objeto del presente litigio, y consecuentemente condeno a la demandada a abonar a la demandante la cantidad resultante de detraer de 9.997,50 euros ? las cantidades percibidas por el demandante en virtud de dicho contrato, más los intereses que correspondan, desde la fecha de interpelación judicial que sobre dicha cantidad se hayan devengado, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

Por Auto de fecha 17 de marzo de 2.015 se aclaró la sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ACUERDA: la aclaración en los términos descritos en los fundamentos de derecho precedentes de esta resolución".



TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Bankia, S.A. y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por los actores Don Ricardo y Doña Lidia se promovió demanda de juicio ordinario frente a la entidad Bankia, S.A., interesando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la orden de compra de acciones de Bankia que los actores suscribieron y que se ejecutó el 19 de julio de 2.011 por 2.666 acciones y un importe de 9.997,50 €, de manera que la demandada se hará cargo de la titularidad de las actuales acciones tras las operaciones de reducción de capital y contrasplit ejecutadas, condenando a la demandada a reintegrar a la actora los 9.997,50 € que invirtió en esas acciones, con sus intereses legales desde la fecha de la ejecución de la orden de compra; para el caso de que se llegasen a abonar dividendos mientras se tramita este procedimiento, la demandante devolvería la cantidad percibida con sus intereses legales.

Sostienen los actores haber sido llamados a principios de julio de 2.011 por una empleada de la oficina de Bankia en la calle Melquiades Álvarez de Oviedo (que anteriormente había sido de Bancaja) para que acudieran a la oficina, lo que así hicieron aquéllos, manifestándoles la empleada que la demandada iba a emitir unas acciones para salir en Bolsa y que iban a ser una gran oportunidad porque Bankia había ya superado la crisis económica, aduciendo además que el Banco estaba dirigido por el Sr. Jose Luis, lo que garantizaba una gestión de mayor eficiencia, adquisición que llevaron a cabo los actores en los términos expuestos en líneas precedentes. Previamente a la suscripción se le realizó a Don Ricardo un test de conveniencia, donde se consignó que el producto no era adecuado para él por su falta de conocimientos y experiencia inversora en relación con el producto, no obstante lo cual se continuó la operación sin ninguna advertencia o prevención adicional, según se señala en la demanda. Alegan los actores que las acciones adquiridas lo fueron a 3,75 € la acción, 2 euros como valor nominal y 1,75 como prima de la emisión, viendo que a los pocos meses esas acciones experimentaron una reducción de su valor nominal de 2 euros a 1 céntimo y después estas acciones fueron objeto de un contrasplit, de forma que se agruparon 100 acciones en una sola con un valor nominal de 1 euro y ello para habilitar su operativa en Bolsa. Se concluye que la pérdida sufrida por los actores no se debe a que el mercado hubiese atribuido inicialmente un valor a las acciones de Bankia y que después el mismo mercado hubiese ido rebajando esa valoración con reflejo en su cotización, sino que la valoración inicial (2 euros de nominal con un precio de salida a bolsa de 3,75 €) fue atribuida por Bankia en función de la supuesta solvencia y beneficios que se autoatribuía falsamente, pero el valor de sus acciones fue radicalmente reducido en el curso de la operación de recapitalización, precisamente para tratar de recuperar la solvencia de Bankia una vez comprobado que en realidad su valor era negativo. Alegan los actores que se solicita la nulidad de la compra de acciones ya que se efectuó por dolo de la entidad demandada o alternativamente por error en cuanto a los elementos esenciales de la misma, error provocado por la demandada sin culpa de la actora o, alternativamente, por incumplimiento radical de normas imperativas, petición que se formula al amparo de los arts. 1.300 y siguientes del CC en relación con los arts. 1.269 y 1.270 del mismo cuerpo legal, en cuanto al dolo; con los arts. 1.261, 1.262, 1.265 y 1.266 del CC, en cuanto al error y con base en el art. 6.3 del CC, en cuanto al incumplimiento radical de normas imperativas.

A la pretensión actora se opuso la parte demandada quien alega, de un lado, la existencia de una prejudicialidad penal de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que se sigue causa penal ante el Juzgado de Instrucción Central núm. 4 de la Audiencia Nacional en virtud de diligencias previas núm. 59/2.012, incoadas por razón de una querrela criminal interpuesta por Unión Progreso y Democracia contra Bankia, S.A. y Banco Financiero y de Ahorros, S.A. y determinados miembros del Consejo de Administración, existiendo identidad de hechos y de objeto, aportándose testimonio de la querrela y de la admisión a trámite de la misma, por lo que se estima debe suspenderse el procedimiento civil. Y en cuanto al fondo del asunto, se alega falta de prueba y de la carga probatoria, inexistencia de hecho notorio, falta de prueba del componente subjetivo del error, haciéndose especial hincapié en el proceso de salida a bolsa de Bankia S.A. así como del contenido del folleto de emisión y control del mismo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, reiterándose que las acciones de la demandada son un producto de inversión, así como que la reformulación de unas Cuentas Anuales o la formulación de unas Cuentas Anuales distintas de la proyección efectuada en el primer trimestre del año 2.011 ni constituye per se un ilícito civil, penal o societario, ni constituye nexo causal o presupuesto que pudiera viciar una suscripción que es realizada seis meses antes de dichas modificaciones contables.



Igualmente señala que la formación y profesión del demandante, jubilado que había trabajado previamente como conductor para distintas Administraciones, hacia imposible admitir que pudiera haber incurrido en algún error al tiempo de contratar.

La juzgadora "a quo" dictó sentencia estimando la demanda al considerar que no concurrían las circunstancias que hace admisible la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal; y en cuanto al tema de la nulidad del contrato de compraventa de acciones, argumenta la juzgadora que la entidad demandada publicitó, tal y como consta en el folleto de emisión de OPS registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con fecha 29 de junio de 2.011 y obrante en autos, una imagen de empresa solvente amparada por la fusión de siete Cajas de Ahorro y con un valor nominal de compra de la acción por dos euros, más la prima de emisión de 1,75 €. Esa oferta pública de suscripción se define en el art. 30 bis de la Ley del Mercado de Valores como "Toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presenta información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen de modo que permita a un inversor decidir la adquisición de estos valores", por lo tanto, el legislador impone para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas un deber específico y especial de información regulado de forma exhaustiva, cuál es la publicación de un folleto informativo confeccionado por el emisor, quien a su vez debe aportar a una autoridad pública, en el caso la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción, siendo igualmente completada la regulación por la Directiva 2.003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2.003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2.001/34. Pues bien, entiende la juzgadora que en el presente caso concurre la figura del error, pues no se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente ha motivado su celebración, siendo relevante y esencial por las siguientes consideraciones: se anuncia y explicita públicamente a los inversores una situación de solvencia económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas que no son reales; segundo, estos datos económicos al encontrarnos ante un contrato de inversión constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico; tercero, siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento; y cuarto, el requisito de excusabilidad es patente; la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor. Frente a esta resolución interpuso la demandada el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Alega la recurrente, en síntesis, que la apreciación de los vicios del consentimiento debe ser interpretado restrictivamente; correspondiendo a quien alega su existencia que lo pruebe; que no es posible aplicar en este procedimiento la doctrina de los hechos notorios; error en la valoración de la prueba al no haberse acreditado que la demandada falseara sus datos contables; existencia de controles del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, inexistencia del error y prejudicialidad penal.

Los presentes autos y los hechos que en el mismo se enjuician son análogos a los examinados por esta misma Sala en su sentencia de 23 de marzo de 2.015, siendo los Letrados que intervienen por una y otra parte los mismos que lo hicieron en otro proceso y las alegaciones similares, habiéndose declarado en la referida resolución: " *Sentado lo expuesto, y en orden a abordar el tema de debate, ha de tenerse en cuenta básicamente que lo que se discute no es tanto el contenido formal del folleto de suscripción sino la bondad de los datos ofrecidos por la entidad Bankia (sus responsables) que determinaron su salida a Bolsa, y que una pluralidad de personas adquirieran las acciones, que luego se reveló estaban "ab initio" devaluadas. Nada tienen, pues, que ver las lógicas fluctuaciones del mercado bursátil o de la crisis inmobiliaria, que por otro lado ya venía ostentando un desplome con bastante antelación al momento litigioso. Tampoco resulta relevante el hipotético control de la CNMV ni del Banco de España, pues la primera, como bien afirmaron los apelados, y luego se verá, realizaba un control meramente formal, y el segundo, ya en el año 2.010 aventuraba una progresiva situación negativa respecto de la entidad en cuestión, lo que no resulta muy comprensible, como no sea que el informe elaborado por la auditoría Deloitte resultara convincente, entidad que, como se ha dicho en líneas precedentes, resultó luego sancionada.*

La recurrente, en lo que parece referirse a la evolución de las cosas desde la salida a Bolsa de la entidad Bankia hasta su rescate como ha sido relatado por el Sr. Juez de instancia, señala que no podría considerarse un hecho notorio y por ello no podría excluirse de su prueba.

Conforme al art. 281-4 de la LEC no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. Afirma la doctrina que son hechos notorios aquéllos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia



de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, y que la notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes al grupo tengan un conocimiento efectivo del mismo, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio. Se ha considerado además como incorrecta la referencia a lo absoluto y general que señala el precepto, ya que el hecho notorio lo es en relación a un espacio y tiempo determinados. La sentencia del TS de 26-4-2.013 señala que el hecho notorio consiste en un conocimiento general que, razonablemente, es conocido por todos, con inclusión del Juez y de las partes.

En el caso enjuiciado, existen una serie de hechos que resultan conocidos y públicos y que han sido puestos de relieve de forma reiterada por los medios de comunicación, pero es que además pueden extraerse de la documental obrante en las actuaciones, hechos que ha consignado el juzgador de instancia en su resolución.

Bankia en principio estaba planeado que tan solo fuera la marca comercial bajo la cual operaría Banco Financiero y de Ahorros (BFA), un Sistema Institucional de Protección (fusión fría) surgido en 2.011 de la fusión de los negocios bancarios de siete Cajas de Ahorros: Caja Madrid, Bancaja, La Caja de Canarias, Caja Ávila, Caixa Laietana, Caja Segovia, Caja Rioja.

Esta operación, conocida en términos financieros como fusión fría, dio lugar a una entidad que gestionaría conjuntamente unos 340.000 millones de euros de activos y que recibió un crédito del FROB por 4.465 millones. Una serie de cambios en la situación financiera de la entidad y el país llevarían a que finalmente Bankia se constituyera como una empresa independiente, filial de BFA, y no como una marca comercial.

Meses después del nacimiento de BFA el Gobierno de España, de acuerdo a los acuerdos bancarios de Basilea II, aprobó un plan que obligaba a los Bancos a crear una reserva de capital, a modo de provisión, con el fin de que las entidades pudiesen defenderse ante un eventual problema. BFA no poseía suficiente liquidez para crear tal reserva de capital, por lo que sus gestores pensaron que la salida a bolsa del banco sería la mejor opción de captar el capital necesario de forma rápida.

Sin embargo, no parecía buena idea que BFA saliese a bolsa. La entidad estaba formada mayoritariamente de activos procedentes del sector del "ladrillo" y otros productos tóxicos como las preferentes, por lo que en aquel momento, tras el estallido de la burbuja inmobiliaria en España, los estudios preveían un mal desarrollo en Bolsa de la entidad bancaria.

El Consejo administrativo de BFA, presidido por Don Jose Luis , ideó un sistema que permitiera sortear los problemas de sobreexposición al "ladrillo" y permitiera sacar a bolsa la entidad. Creó un nuevo Banco, filial de BFA, al que llamó Bankia, S.A.. Entonces se decidió que sería Bankia y no BFA la que gestionaría el negocio bancario de los clientes minoristas. En abril de 2.011 BFA segregó todos los activos bancarios (clientes, oficinas, depósitos, capital,...) que había heredado de las Cajas de Ahorro en Bankia. Sin embargo, BFA se quedó con los activos considerados "tóxicos", es decir, las empresas inmobiliarias y las sociedades de participaciones preferentes.

Con fecha 28-6-2.011 la Junta General de accionistas y el Consejo de Administración de BFA y Bankia adoptaron los acuerdos procedentes para la puesta en marcha de la salida a Bolsa de Bankia mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción (OPS), y que se justificaba en el Folleto de Emisión por la necesidad de reforzar la estructura de recursos propios a fin de cumplir con las nuevas exigencias legales, a fin de realizar una aplicación adelantada de nuevos y exigentes estándares internacionales, lo que contribuiría a potenciar su prestigio. Igualmente se señalaba que debido a la reciente integración de las diferentes Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios reunidos del Grupo Bankia, correspondientes al trimestre cerrado a 31-3-2.011, pero que para compensar dicha falta de información se aportaban una serie de información financiera consolidada pro forma sobre el Grupo a efectos ilustrativos, partiendo de determinadas bases e hipótesis, según las cuales resultaba que la entidad gozaba de saludable solvencia, con altas posibilidades de futuros beneficios.

El 20 de julio de 2.011, y sobre la base del citado folleto, salió a bolsa el 55% de Bankia (el 45% restante se mantenía en manos de BFA) a un precio de 3,75 euros por acción (2 euros de valor nominal y una prima de emisión de 1,75 euros), por el cual captó 3.092 millones de euros. La salida a bolsa de la entidad (se emitieron 824.572.253 nuevas acciones) estuvo reforzada por una gran campaña publicitaria en los medios de comunicación en la que Bankia animaba a sus propios clientes minoristas a comprar acciones desde 1.000 €. El 8-9-2.011 el Comité Asesor Técnico del IBEX 35 decidió darle entrada con efectos de 3-10-2.011.

En el mes de noviembre de 2.011, el Banco de Valencia, filial de Bankia, hubo de ser intervenido, siendo descubiertos activos basura por importe de 3.995 millones de euros, debiendo hacerse cargo de la situación el Frob (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), a pesar de lo cuál Bankia continuó manifestando su carencia de problemas de solvencia.

Durante el ejercicio de 2.011 la European Banking Authority (EBA) hizo públicos nuevos requerimientos de capital mínimo a mantener a nivel consolidado por las entidades calificadas como "sistémicas" (los bancos sistémicos



vienen a ser aquéllos que por su tamaño y/o la complejidad de sus negocios son especialmente relevantes para asegurar la estabilidad de dicho sistema, teniendo en cuenta las consecuencias que sobre él y la correspondiente economía real podría ocasionar una crisis de cualquiera de ellos, por lo que está justificado que reguladores y supervisores los vigilen especialmente y/o los sometan a exigencias específicas, más allá de las aplicables al resto de las entidades bancarias). Entre ellas se encontraba BFA-Bankia, requerimientos que se concretaban en alcanzar una determinada ratio. El 8-11-2.011 la EBA comunicó a través del Banco de España que las necesidades adicionales de capital para el Grupo Bankia se situaban en 1.329 millones de euros sobre datos de septiembre, lo que determinó que el Grupo presentara un plan de capitalización en enero de 2.012 en el que se recogían las medidas a adoptar para cubrir tales necesidades de capital, si bien la entidad señalaba hallarse en una situación cómoda de solvencia.

Llegado el 30 de abril de 2.012, fecha tope para que Bankia remitiera las cuentas anuales debidamente aprobadas y auditadas, no lo hizo, y sí el 4-5-2.012 remitió a la CNMV las Cuentas Anuales Individuales y las Anuales Consolidadas de dicha ejercicio sin auditar y a través de "un hecho relevante" (el hecho relevante es la información que hace pública una compañía a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), en la que se informa a inversores y accionistas sobre alguna circunstancia excepcional que puede influir en su cotización). En las referidas cuentas anuales, sin auditar, se señalaba un beneficio de 305 millones de euros (309 millones considerando las cuentas pro forma), resultados en principio coherentes con los publicados a la salida a Bolsa, haciendo hincapié en el éxito de la OPS y la consolidada solvencia del Grupo.

El 7-5-2.012, esto es, tan sólo tres días después, el Presidente de Bankia, Sr. Jose Luis , presentaba su dimisión, con un comunicado en el que reiteraba su confianza en la solvencia de la entidad, mas el 9-5-2.012 la nueva dirección que se había hecho cargo de la entidad solicitó la intervención de la misma a través del FROB, siendo así que días más tarde Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de la cuentas anuales de 2.011, ahora sí auditadas, que arrojaban unas pérdidas por 3.031 millones de euros, lo que motivó la suspensión inmediata de la cotización de las acciones así como una inyección de 19.000 millones de euros para su recapitalización, siendo así que por decisión del FROB de 16-4-2.013, entre otras medidas, las acciones de Bankia quedaron reducidas en su nominal de los 2 euros iniciales a un céntimo de euro, constituyéndose nuevas acciones de un euro por cada cien acciones antiguas.

Esto sentado, ha de indicarse que las acciones se configuran como instrumentos de inversión regulados en la Ley de Mercado de Valores de 1.988 (artículo 2). La normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual es, la protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se toman con pleno conocimiento de causa.

El art. 30 bis) de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1.988,1644; RCL 1.989,1.149 y 1.781) señala en su apartado 1 "Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores".

En su apartado 2 dispone que "No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores".

Así pues, el legislador señala un deber específico y especial de información, regulado de forma exhaustiva, cual es la publicación de un "folleto informativo" confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, al caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción.

Como se afirma en la reciente sentencia de 29-12-2.014 de la Audiencia Provincial de Valencia , tanto del artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del RD 2.010/2.005, de 4 de noviembre de 2.005 , que desarrolla dicha Ley, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción, fijan el contenido del folleto informativo en armonía con la Directiva 2.003/71 (LCEur 2.003,4476) del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2.003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2.001/34 (LCEur 2.001,2380)(Directiva del folleto). De este cuerpo legal destacamos ahora por su pertinencia, como elemento primario y relevante objeto de esa "información suficiente" a dar al público, los riesgos del emisor, explicitados en los "activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor" (artículo 27-1); con ello, el fin no es otro que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente (artículo 16 y 17 del RD 2.010/2.005) y la citada Directiva 2.003/71 regla tal



deber como información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación con la suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas (artículo 6 de la mentada Directiva) del emisor.

Además, el inversor tiene la garantía jurídica y confianza que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor, y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión de oferta pública.

En tal tesitura, y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados y la propia ley del Mercado de Valores fija en su artículo 28 la responsabilidad por la información del folleto y obliga al autor del folleto informativo (artículo 28-2) a declarar que -a su entender- los datos son conformes a la realidad y no se omiten hechos que "por su naturaleza pudiera alterar su alcance", fijando el artículo 28-3 (desarrollado en el artículo 36 del RD 1.310/2.005 (RCL 2.005,2211)) una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus administradores.

Como ya se puso de relieve en la recurrida, y se infiere del relato de hechos plasmado en el fundamento precedente, resulta patente la enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral), revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio (artículo 281-4 Ley Enjuiciamiento Civil) -por conocimiento absoluto y general- como ya se dijo, que la entidad demandada acabó solicitando la intervención pública. Por consiguiente, y como igualmente resalta la sentencia antes citada, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2.011 determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicada y divulgada, ni la situación económico financiera real, de ahí su incorrección e inveracidad. Por tanto, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado que no ha impugnado esos datos objetivos) que a época de la oferta pública los datos publicados eran correctos y reales. Evidente es que no basta -como alega y pretende la demandada- cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno, y ello respecto a los beneficios y pérdidas de Bankia se ha demostrado que lo informado no era real.

En el caso que se está enjuiciando tales aseveraciones pueden venir además refrendadas por el informe y conclusiones de los técnicos del Banco de España obrantes en los autos, y emitido en las Diligencias Previas nº 59/12 del Juzgado de Instrucción Central nº 4, en las que refieren que las cuentas anuales del año 2.011 no reflejaban la imagen fiel del Banco, que las cuentas, que presentaban unos beneficios de 309 millones, realmente apuntaban a unas pérdidas de 2.979 millones, ya que existían ajustes de importancia material no contabilizados, aludiendo a errores contables en los estados anuales consolidados del ejercicio 2.010 y en los estados financieros intermedios del primer trimestre de 2.011.

Lo expuesto lleva a la conclusión, como ya lo hizo el juzgador de instancia en su resolución, que la información llevada a efecto en la oferta pública por la entidad demandada resultó incorrecta e inveraz en aspectos relevantes, dando apariencia de una solvencia que no se correspondía con la realidad de su situación financiera. Por consiguiente, se vulneró la legislación del Mercado de Valores antes aludida, con las consecuencias expresadas, y que también se han plasmado en la sentencia del TJUE de 19/12/2.013, que concluyó que no es contrario a la Directiva 2.003/71/CE una normativa nacional que en la transposición de la misma "...establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información, y obliga, como consecuencia de esa responsabilidad, a la sociedad de que se trata a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas", y en el mismo sentido el art. 28-3 LMV que, como se ha dicho, señala que de acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante ". Y más adelante se añade:

"Respecto a la no aplicación del hecho notorio, ya se ha hecho referencia a ello a lo largo de la presente resolución, lo mismo que respecto a las alegaciones sobre el error en la valoración de la prueba o la pretendida ausencia de justificación del falseamiento de los datos contables, y en relación a los controles por parte del Banco de España y la CNMV, y con independencia de que su actuación supervisora no se está juzgando en este proceso, por más que resulte extraño que no dispusieran de medios para contrastar los datos, (recuérdese que ya en el año 2.010 una inspección del Banco de España había detectado posibles pérdidas relevantes y que el auditor de cuentas cuyo informe coadyuvó para la salida a Bolsa fue multado), lo cierto es que los hechos acaecieron



como queda dicho, y que salieron a Bolsa unos títulos con una información distorsionada por parte del emisor y con una valoración irreal. En cuanto a la alegada presunción de profesionalidad de los dirigentes de Bankia, hay que acreditarla ". Por último se señala: " Resta, finalmente, abordar el tema de la prejudicialidad penal. La recurrente insiste en dicha cuestión amparándose en el hecho de la existencia de las D. Previas antes referidas que se siguen en el Juzgado de Instrucción Central nº 4.

El art. 40-2 de la LEC) dispone que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.
- 2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Por su parte, el art. 114 de la LECr (LEG 1882,16), señala que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndolo, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

De esto se infiere que para considerar la existencia de prejudicialidad penal no sólo se requiere la existencia de causa criminal referente a los mismos hechos que se han de dirimir en el pleito civil, sino además que resulte necesario aguardar a la decisión del Tribunal penal para la resolución del litigio, de manera que el mismo no puede ser resuelto sin aquélla. De este modo, si en el pleito civil existan datos suficientes en orden a su resolución, y que puedan ser considerados con independencia de la calificación que a los hechos enjuiciados se otorgue en la causa criminal, no se estaría en presencia de una cuestión prejudicial, que, por otro lado, y en cuanto supone una crisis procesal, ha de interpretarse en sentido restrictivo.

Por otro lado, y en relación con lo que acaba de exponerse, el dolo penal es independiente del dolo o culpa civil, y nada impide que esto último pueda existir con abstracción del primero.

En el caso que nos ocupa, y como se ha relatado en la presente resolución, resulta prueba bastante acreditativa de que la situación financiera de Bankia no se correspondía con la real cuando salió a Bolsa, y que el folleto de la OPS adolecía de falta de veracidad en su contenido. Ello resulta independiente de la calificación penal que se haya de dar a tales hechos, por lo demás notorios como se dijo, y la autoría que se achaque en su caso a quienes se considere responsables.

Además, y como se afirma en el auto de la Audiencia de Valencia de 1-12-2.014 citado por los apelados, de aceptar la suspensión del proceso civil en base a la prejudicialidad ello equivaldría a dictar una resolución desconectada de la realidad social, que ha de tenerse en cuenta como criterio legal interpretativo (art. 3 del CC), pues ello tendría como consecuencia paralizar las reclamaciones instadas por una multitud de accionistas en espera de una resolución penal que se antoja larga en el tiempo, habida cuenta de la complejidad que se entrevé en la instrucción de la causa..

En análogo sentido se ha pronunciado la sentencia de 9 de febrero de 2.015 de la AP de Avila en la que se declara: "Bankia no reflejaba la realidad en sus cuentas de 2.011 ya que manifestó tener unos beneficios de 309 millones de euros, cuando el 25 de Mayo de 2.012 las cuentas fueron auditadas por la CNMV dando un resultado negativo de 3.031 millones de euros en diciembre de 2.011 y además igualmente es de destacar que conforme refleja el doc. nº 3 aportado en el acto del juicio consistente en el informe emitido por el Banco de España sobre la materia titulada "Proceso de recapitalización y reestructuración bancaria" de fecha 28 de septiembre de 2.012 consta en el apartado correspondiente a necesidades de capital de los grupos bancarios analizados en el grupo Bankia-BFA incluso en un escenario base -se entiende que el normal o no adverso- precisaría de 13.230 millones de euros.

Por lo anterior, la información contenida en el documento informativo dirigido al posible adquirente de acciones contenía datos que no se ajustaban a la verdadera situación económica de Bankia, por lo que, de haberlo sabido nadie hubiera comprado las acciones por lo que de conformidad con los art. 1.265 y 1.300 C.Civil cabe declarar la nulidad del contrato y ello por falta de consentimiento, pues el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1.265 del Código Civil (LEG 1.889 , 27) declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1.266 del mismo Código que en lo relativo al error sobre el objeto señala 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 ".

Igualmente la sentencia del 11 de marzo de 2.015 de la AP de Burgos declaró: " Los hechos fundamentadores de las pretensiones ejercitadas (y la estimada), es decir, las integrantes de la causa de pedir, que identifican y sustentan las acciones ejercitadas no son las mismas: prestación de un consentimiento contractual viciado por



error en la solvencia de la entidad objeto de información al cliente (la publicitada y la no dada), lo cual no depende de la eventual comisión de un delito, correspondiente a la falsificación de unas cuentas anuales, pues el error puede surgir de una contabilidad equivocada, incompleta, mal elaborada desde una perspectiva contable, sin necesidad de que surja de una voluntad fraudulenta, típicamente punible.

Los actores no son parte en el procedimiento penal, ni han ejercitado acción alguna en el procedimiento penal, siendo las pretensiones, de ambos procedimientos, distintas.

Lo trascendente jurídicamente, por demás, es que los hechos denunciados o pretensiones deducidas en el procedimiento penal, como su fundamento, no son decisivos ni tienen una influencia determinante en el procedimiento civil.

En éste, ha de estarse a la prueba obrante en el mismo, a su propio acervo probatorio, limitado, lógicamente, al objeto de las pretensiones deducidas, singularmente, la información recibida por el cliente para la comercialización del producto litigioso; valorándose de acuerdo a las normas procesales civiles de apreciación y carga de la prueba, lo que debilita que, algún medio probatorio, como el folleto informativo o las cuentas anuales, puedan coincidir con su aportación al procedimiento penal, con una finalidad y objeto distintos.

La existencia de error o dolo civil, conceptualmente, se funda en condiciones jurídicas distintas al dolo o culpa penal, de configuración legal típica y punible. Aquí, se trata, de enjuiciar una relación contractual concreta, delimitada por la causa de pedir integrante de la acción ejercitada, entre las partes contratantes -ex art. 1257 C.Civil -, no de responsabilidades personales en otro orden jurisdiccional. El pronunciamiento que sobre éstos pueda recaer, no impide ni condiciona el enjuiciamiento del objeto de este proceso civil, pues el consentimiento viciado por error o dolo civil no requiere necesariamente fundarse en la existencia de un delito, de falsedad o estafa, sino en otros hechos y condiciones que no rebasan el marco estrictamente civil.

Como expresa el Juez de Instancia interesa si la entidad emisora incumplió su deber de proporcionar al inversor que adquiere las acciones una información veraz, suficiente y clara sobre su situación financiera y contable en el momento de la oferta pública de suscripción de acciones; lo cual, es independiente del resultado del procedimiento penal, si hubo una información indebida en la comercialización, concurriendo dolo o culpa civiles.". Y se añade: "Ciertamente, el Juez de Instancia, considera la existencia "también" (igualmente, además) de dolo civil, folio 279, porque, en primer término, aprecia error que viciaba el consentimiento prestado en la compra, inducido por la información no ajustada a la realidad (informada y publicitada) proporcionada por la entidad emisora en el folleto de suscripción. Y esta información inadecuada, insuficiente y no real, se funda en, al menos, una falta de diligencia, simplemente, la normal exigible a los datos que se ofrecían y al deber normativo de información, por lo que no es necesario acudir al dolo civil, que se trae como argumentación "ex abundantia". Se ha contravenido el tenor de la obligación, que era ofrecer una información real, no con datos equivocados.

La acción ejercitada es la de nulidad de los arts. 1.301 y siguientes del C.Civil (y derivada de una infracción grave del deber de información), Hecho Séptimo, 7.1, folio 9, que luego se concreta en el error, Fundamento de Derecho, VIII, Fondo del Asunto, a, error vicio, folio 15 vto. y 16.

La información ofrecida fue determinante en la prestación del consentimiento, viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de la situación real financiera de la sociedad demandada, desconociendo los riesgos concretos que corría en la adquisición de las acciones, de manera que contrata con una representación mental equivocada sobre un elemento esencial del objeto del contrato, debido a esa información inadecuada y errónea, y que los clientes no tenían capacidad para eludirla.

En esta línea argumental, se acepta por remisión la fundamentación jurídica expresada por el Juez de Instancia respecto del consentimiento prestado por error -técnica jurídica de motivación admitida por el Tribunal Constitucional, de remisión a los razonamientos de la Sentencia recurrida (SSTC 116/1.998 de 2 junio (RTC 1.998 , 116); 171/2.002 de 30 septiembre (RTC 2.002 , 171), y 223/2.003, de 15 diciembre (RTC 2003,223)), especialmente, la contenida en el Fundamento de Derecho IV, folios 274 a 280.

Por último, subrayar que los demandantes compraron 1.333 acciones de "Bankia" equivocadamente, por error que vició el consentimiento que prestaron para su adquisición, para lo que fue determinante la información ofrecida por la entidad financiera y recibida por los actores, incluida en el folleto de suscripción; calificándose el error como excusable, puesto que fue causado por la demandada; de ninguna manera es imputable a los actores, que no lo hubieran podido evitar con una diligencia media o normal, ni siquiera empleando una diligencia mayor o más intensa, porque únicamente podían conocer los datos ofrecidos por la parte demandada (como expresa el Juez de Instancia, "es obvio que no tenían medios para conocer la verdadera situación financiera y contable de "Bankia" al margen de la información facilitada por la misma..."), y la recibida por otras fuentes o medios que presentaban la operación como un éxito económico sin advertir eventuales riesgos; lo que hace inexigible otra o mayor diligencia a los actores. Actuación de la demandada en relación de causalidad con la prestación



del consentimiento erróneo de la parte actora, en el conocimiento equivocado sobre un elemento esencial de la compra, como era su objeto, las acciones adquiridas, el valor que realmente representaban ".

Deniegan asimismo la prejudicialidad penal pretendida por Bankia, con base en la querrela citada y las diligencias previas seguidas por el Juzgado de Instrucción Central núm. 4 de la Audiencia Nacional, el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de febrero de 2.015 y el de 1 de diciembre de 2.014 de la AP de Valencia.

En este sentido en la STS de 4 de abril de 2.013 se declara: "*Que para que resulte procedente la suspensión por prejudicialidad penal no sólo se exige en el apartado 1º la existencia de una causa criminal por unos hechos de apariencia delictiva que fundamenten sus pretensiones en el proceso civil, sino también en el 2º, que la decisión del Tribunal penal acerca del hecho por el que procede la causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil*".

TERCERO.- Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia dictada en fecha diez de marzo de dos mil quince , aclarada por auto de fecha diecisiete de marzo de dos mil quince, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA** .

Se imponen a la parte apelante las costas causadas en la presente alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.