



Roj: **SAP AB 1091/2015 - ECLI:ES:APAB:2015:1091**

Id Cendoj: **02003370012015100585**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2015**

Nº de Recurso: **562/2015**

Nº de Resolución: **334/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

ALBACETE

SECCION PRIMERA

Apelación Civil nº 562/2015

Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Albacete. J. Verbal nº 498/15

APELANTE: BANKIA S.A.

Procurador: D. Ricardo de la Santa Márquez

Letrada: Dª. María-José Cosmea Rodríguez

APELADO: Sixto

Procuradora: Dª. Ana-María Pérez Casas

Letrado: D. Miguel Toledo Murcia

SENTENCIA NUM. 334-15 1

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Sres.

Presidente

D. JOSE GARCIA BLEDA

Magistrados

D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ

D. JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION

En Albacete a uno de diciembre de dos mil quince.

VISTOS en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de juicio Verbal nº 498/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Albacete y promovidos por D. Sixto contra la mercantil "BANKIA S.A."; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 21 de septiembre de 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso la referida entidad demandada. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 30 de noviembre de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y



1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: " **FALLO:** Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana María Pérez Casas, en nombre y representación de D. Sixto , contra Bankia, y condeno a la parte demandada al resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la mala comercialización en la venta de las acciones y a devolver al actor el valor nominal de las acciones adquiridas el día 13 de julio de 2011 (3.738`75 euros), minorado con el importe obtenido por el actor en la venta de las mismas el día 28 de noviembre de 2013, una vez se conozca o se facilite por alguna de las partes.- Sobre la cantidad así determinada se aplicarán los intereses del Fundamento de Derecho Sexto.- Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días siguientes a su notificación. Conforme al apartado 3º de la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , en su redacción dada por la L.O. 1/09, de 3 de Noviembre, el recurrente deberá realizar depósito previo por importe de 50 euros mediante ingreso en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.- Así por esta mi Sentencia, en nombre de S.M El Rey, de la que se llevará el original al libro, dejando testimonio en autos, lo pronuncio, mando y firmo."

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada "BANKIA S.A.", representada por medio del Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, bajo la dirección de la Letrada D^a. María-José Cosmea Rodríguez, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las restantes partes personadas, por el demandante D. Sixto , representado por la Procuradora D^a. Ana-María Pérez Casas, bajo la dirección del Letrado D. Miguel Toledo Murcia se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los mencionados Procuradores en sus respectivas representaciones ya indicadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MANUEL SANCHEZ PURIFICACION.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Recurre BANKIA SA la condena indemnizatoria acordada por la Sentencia apelada y derivada del perjuicio sufrido por el demandante, Sr. Sixto , por la compra de acciones de aquella entidad el día 13.07.2011 con ocasión de la reciente salida a Bolsa de aquéllas. Alega en su recurso distintos motivos de apelación.

2.- En primer lugar falta de legitimación activa para reclamar no solo la nulidad (objeción o motivo de oposición a la reclamación actora ya apreciada por el Juzgado, denegando la nulidad de la compraventa de acciones) sino para el ejercicio de todo tipo de acción, incluso la indemnizatoria que finalmente apreció el Juzgado: alega que la venta ulterior por el demandante de las acciones litigiosas el 28.11.2013 determina la carencia sobrevenida del objeto litigioso, invocando alguna Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc 9ª, y en todo caso que la anulabilidad de la venta de acciones se habría confirmado con la reventa de 2013.

Sin embargo no es así. Como alega el apelado-demandante y con toda razón (como luego se verá), el demandante adquirió las acciones litigiosas basándose en información inveraz sobre la situación financiera de BANKIA SA, lo que luego dio lugar a una depreciación de su valor, de tal modo que la pérdida del mismo tanto si mantiene las acciones como si las vendió ya en 2013, conocido ya el verdadero estado financiero de la demandada, le ha supuesto un evidente perjuicio (mayor si las mantiene, menor si las vende y obtiene algún precio en la reventa) que le legitima para reclamar al causante de dicho perjuicio o del contratante vendedor que enajenó las acciones dando una información sobre ellas que no era cierta.

Aunque invoca que la reventa de 2013 supone una carencia sobrevenida del objeto procesal no es el caso: el objeto del proceso es o fue también ser indemnizado por el perjuicio y dicha indemnización no se produce por la indicada reventa, aunque pueda paliarla y así lo tiene en cuenta el Juzgado al reducir el importe de la indemnización en función del precio de dicha reventa. Y la jurisprudencia invocada en pos de dicha alegación no es aplicable al caso, cuando se trata de Sentencias que niegan la legitimación para reclamaciones o acciones restitutivas, como la nulidad o resolución contractual, pero no niegan legitimación a las pretensiones o acciones indemnizatorias, como es el caso.

Y tampoco es cierto que ésta suponga ninguna "confirmación" del acto nulo. La indicada reventa no implica ni supone voluntad del perjudicado a renunciar a ser indemnizado (que es lo exigido en el art 1311 del Código Civil para que exista tal confirmación), sino en todo caso una intención de paliar el perjuicio causado, que no consta que fuera absoluto y desde luego no cabe presumir cuando en dicha fecha la rebaja del valor de las acciones era notable.



3.- Por otro lado, añade BANKIA SA otros motivos de apelación ya examinados en otros pleitos y recursos (sin ir más lejos, en el reciente rec apelación nº 543/2015 deliberado en la misma fecha que el actual frente a otra Sentencia del mismo Juzgado), por lo que ha de reiterarse frente a los mismos motivos de apelación las mismas respuestas ya dadas en dichas apelaciones.

Así, por ejemplo, frente a la alegación de infracción del art 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al considerar la Sentencia apelada, como "hecho notorio", que hubo falsedad y alteración de la contabilidad en la información dada a los adquirentes o inversores pocos días antes de los contratos impugnados, debemos reiterar, como ya dijimos en otros recursos, que dicha denuncia no se corresponde con la realidad, pues reexaminada la Sentencia apelada no consta en absoluto que la convicción fáctica sobre dichos hechos, base de la pretensión actora, se originara en base a "hecho notorio" ninguno, sino que se basa en la prueba practicada en autos, en los informes contables, periciales, en la oferta pública o folleto publicitario para la venta de las acciones litigiosas emitida por la recurrente y en los resultados financieros o cuentas anuales sin auditar y luego auditadas, e incluso en los informes periciales sobre el estado contable de la entidad recurrente en 2010 y 2011 emitidos por peritos del Banco de España en otro procedimiento, pero no consta que se considerara probado ningún hecho sin prueba practicada en juicio, como se alega.

4.- También denuncia la recurrente haber incurrido el Juzgado en error al valorar la prueba, en particular al apreciar que su estado contable, publicitado para la venta de las acciones litigiosas, no representaba su imagen fiel, cuando no habría indicio de que la imagen contable de BANKIA no fuera fiel a la realidad, si fueron verificados los datos del folleto por CNMV y auditados los datos por Dooitte, destacando que no habría prueba de falsedad de datos que motivaría el vicio en el consentimiento, negando también que fuera un producto complejo e indicando que el error en el consentimiento invocado, en cualquier caso, fue excusable.

Sobre ello ya nos hemos pronunciado en otros recursos, como ya se indicó. Decíamos, por ejemplo, en nuestra Sentencia de éste mismo Tribunal, y sección, nº 249/2015 de 8.10.2015 (rec 444/2015) o en la nº 118/2015, de 22.05 118/2015, de 22.05 , que:

"la sentencia no hace afirmaciones de falsedad en las cuentas de BANKIA, sí de incorrección e inveracidad y, por más que la apelante asegure que la información suministrada en el momento de su salida abolsa reflejaba la imagen fiel de la entidad, la Sala no comparte dicha aseveración. En efecto, BANKIA salió a bolsa el día 20 de julio de 2011, emitiendo 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros (en total 3,75 euros por acción), siendo la inversión mínima exigida de 1.000 euros, que significaba la ampliación del capital por importe de 1.649 millones de euros con una prima de emisión de 1.442 millones de euros. En el mes de noviembre de ese mismo año 2011, Banco de Valencia S.A., filial de BANKIA, fue intervenida, descubriéndose activos problemáticos de 3.995 millones de euros, haciéndose cargo de la situación el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). El día 8 de diciembre de 2011, la European Banking Authority (EBA) hizo públicos requerimientos a BANKIA para que alcanzase un 9% de Recursos propios mínimos netos deducidos de activos problemáticos, cifrando la necesidad de BANKIA en la suma de 1.329 millones de euros, que suponía una provisión por la entidad de 763 millones de euros, a cubrir antes de julio de 2012. El día 30 de abril de 2012 expiraba el plazo que disponía BANKIA para la presentación de las cuentas anuales y auditadas del ejercicio 2011. Habiendo transcurrido el plazo, fueron remitidas a la CNMV el día 4 de Mayo de 2012, sin auditar. En la cuenta de resultados consolidada se reflejaba un beneficio de 304.748.000 euros (o de 309 millones de euros considerando las cuentas proforma). El día 7 de Mayo de 2012, el entonces presidente de la entidad presentó su dimisión.

Dos días después, el día 9 de mayo, la entidad es intervenida a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), adquiriendo el 100% de BFA y el 45 % de BANKIA, comenzando un descenso continuado del valor de las acciones hasta que el día 25 de mayo de 2012 la CNMV acordó la suspensión de su cotización. El mismo día 25 de mayo, BANKIA comunicó a la CNMV la aprobación de unas nuevas cuentas Anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas, en las cuales se reflejaban unas pérdidas de 2.979 millones de euros, frente a los 309 millones de beneficio declarados, y sin auditar, apenas 20 días antes. Y ese mismo día, BANKIA solicita una inyección de 19.000 millones de euros para recapitalizar la entidad.

Estos datos, objetivos e indubitados, revelan con evidencia que la imagen de solvencia que se transmitió el día de la comercialización de las acciones, tanto a través del folleto como de las declaraciones y campañas publicitarias, no se correspondía con la realidad financiera y contable, conclusión a la que se llega por la nueva reformulación de cuentas realizada por la propia entidad, modificando la anterior, y por la intervención del FROB y la necesidad de recapitalización (19,000 millones de euros) con dinero público apenas pocos meses después de la emisión de las acciones.

E importa señalar que las escasas sentencias que se han pronunciado sobre la materia hasta la fecha también rechazan de todo punto la posibilidad de que las cuentas ofrecidas para la salida a bolsa respondieran a



la realidad y que la catástrofe se produjera a partir de esa salida por otros motivos, sentencias que utilizan argumentos que esta Sala comparte en su integridad y se dan por reproducidos. Así, como dice al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2015 "Aunque la formulación de las cuentas del año 2011 y la intervención de BANKIA en mayo de 2012 es posterior a la OPA, de julio de 2011, es lógico inferir, como argumenta el Juez de Instancia, que en un plazo de diez meses, no sobreviene, ex novo, esta situación financiera, estando presente en la entidad, de forma conocida o, al menos, susceptible de serlo con empleo de una diligencia

normal, para evitar la publicidad de un folleto que no describía ni se correspondía con la situación financiera real de la Sociedad." En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de Las Palmas de 24 de abril de 2.015 o las de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de diciembre de 2.014, 7 de enero y 24 de abril de 2.015 señalando que "es evidente 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 que la entidad demandada solicitó, pocos meses después de tal emisión, la intervención pública con una inyección de una más que relevante cantidad de capital, so pena, de entraren concurso de acreedores. Por consiguiente, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011, 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 publicitada y divulgada, ni la situación económico financiera real. En todo caso, dados esos dos datos objetivos incontestables demostrativos, en resumen, de la incorrección e inveracidad, amén de omisión, de la información del folleto en tales datos, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado no impugnar esos datos objetivos) que a época de oferta pública los datos publicitados sobre beneficios y pérdidas eran correctos y reales con la situación económico financiera de la emisora, extremo no ocurrente. Evidente es que no basta -como alega 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 fue real".

Aunque se alega que la falsedad base del error en el consentimiento no consta, no es cierta la alegación: el error se basa no en ninguna falsedad o dolo sino en la emisión de datos que no reflejaban la realidad contable y financiera de la entidad, motivando el error padecido, sin invocarse que la información inveraz se emitiera a propósito ("falsedad"). Basta que se incurriera en error por el comprador/a, en base a datos falsos, sin necesidad de analizar, entre otros motivos, por no solicitarlo la demandante, si dicha emisión o publicidad de datos o el contenido del folleto informativo motivador de la compra contenía datos intencionadamente falsos.

Y por otra parte, el hecho de que no fuera un producto financiero "complejo" nada aporta a las conclusiones de nulidad. Aún no siéndolo, se acredita la oferta de venta de las acciones con información irreal financiera motivadora de error en la adquisición por la compradora, lo que determina la nulidad de la venta.

Y desde luego no cabe invocar que el error padecido pudiera ser salvado por la propia compradora cuando la información que luego se revela inveraz estaba o aparentaba estar revisada por órganos de prestigio como los órganos financieros y entidad auditora mencionada.

De cualquier modo, ha de indicarse que la cuestión fáctica relativa a la información y publicidad dada por la recurrente al ofertar sus acciones en su salida a bolsa, si era o no era fiel imagen de su situación contable, es algo que ya se ha aclarado en otros procesos (de este mismo Tribunal, como en la Sentencia indicada de 118/2015, de 22.05 , pero también en la nº 119/2015 de la misma fecha, y en la nº 121/2015, de 25.05.2015, pero también en múltiples procesos por toda la geografía española, como en Sentencia Aud Prov Valencia, secc 9, de 29.12.2014 , o en otras citadas en ésta misma resolución o las referidas por los apelados) en los que ha sido parte la propia apelante, deviniendo dicha cuestión firme, y siendo por tanto un pronunciamiento de "cosa juzgada".

Y ello aunque en dichos pleitos no litigaran la ahora demandante, dados los efectos o valor jurídico de las sentencias (firmes) dictadas en otros procesos, incluso para quienes no han sido parte en el juicio en que se dictaron, lo que ha sido resuelto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (con efectos vinculantes "erga omnes", según el art 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), del Tribunal Supremo. Dicha doctrina jurisprudencial establece la extensión de los efectos de "cosa juzgada" más allá de los supuestos expresamente previstos en el art 1252 del Código Civil (que cita algunas de las Sentencias que se indicarán, hoy art 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como sería a casos en que lo resuelto en sentencia sea cuestión prejudicial de lo enjuiciado en otra posterior, aunque ésta resuelva un litigio entre quienes no fueron parte en el anterior, pues así lo exigiría el derecho a la tutela judicial efectiva y la subordinación de los actos de la Administración a los Tribunales, principios amparados por la Constitución; y, en cualquier caso, por tener una "cierta vinculación" de la Administración a los hechos y pronunciamientos que declara probados la sentencia previa, pues en el peor de los casos o de menor relevancia que se le pudiera dar a dicha sentencia al



menos siempre daría lugar a que se presumieran acreditados los mismos y fuera a cargo de la Administración desvirtuarlos. Hoy en día, incluso dicha posibilidad de extensión de los efectos de cosa juzgada más allá de las mismísimas partes litigantes se prevé como posible en el art 222 LEC , in fine.

En cualquier caso, la referida doctrina jurisprudencial ya lo anticipaba, cuando declaraba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 190/1999, de 25 de octubre , en relación a la contradicción entre Sentencias del orden social y contencioso- administrativo, después de proclamar de forma genérica que, ni el art 14 ni el 24.1 de la Constitución , imponen a los jueces la observancia de una absoluta homogeneidad en la interpretación del Derecho, y si bien la libertad de interpretación de la norma debe ser respetada como parte integrante de la propia función jurisdiccional, sin embargo , *los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (artículos 9.3 y 117.3 de la Constitución) , vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme en cualquier circunstancia (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983 , 671/1984 y 189/199, entre otras).*

Sigue diciendo dicha Sentencia que este efecto no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en los que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art.1252 del Código Civil), sino que también se produce cuando se desconoce lo resuelto por Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido precepto civil (SSTC 171/1981 , 58/1988 y 207/1989); no se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros juzgadores sin reducir a la nada la eficacia propia de aquella; así, la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, es un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial (art.24.1 de la Constitución), de tal suerte que esta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que ya se ha resuelto.

También la Sentencia de dicho Tribunal Constitucional (EDJ 1989/11306), Sala 1ª de 14 diciembre 1989 (Pte: Gimeno Sendra, Vicente) establece que:

"la exención efectuada por el Tribunal Central de Trabajo, desde una interpretación literal del art. 1252.2 CC , no puede ser acogida. Esta norma procesal, ubicada en dicho texto sustantivo, no pudo prever la totalidad de los efectos de las sentencias que han de extender sus efectos a sujetos distintos a las partes procesales : los arts. 45.1.c), 48.1 y 49.5 ET constituyen otros tantos supuestos de extensión de los límites de los efectos reflejos de la cosa juzgada a terceros con los que hay que integrar hoy la declaración contenida en el referido art. 1252.2 CC .

...Una vez adquirida la firmeza de la S 29 septiembre 1986, por la que se declaró que la trabajadora no se encontraba en grado alguno de invalidez permanente, dicha sentencia había de producir todos los efectos de la cosa juzgada material, tanto su efecto negativo o de imposibilidad de volver a someter dicha declaración negativa de incapacidad a un ulterior proceso y prohibición de obtener otra resolución sobre el mismo objeto ("non bis in ídem"), como su efecto positivo, conforme al cual el Juez posterior ha de partir necesariamente de dicha declaración judicial cuando haya de decidir sobre una pretensión de la que sea elemento perjudicial lo ya juzgado.

Pues, bien, este efecto "prejudicial" de dicha sentencia, que fue respetado por el Magistrado de Trabajo núm. 2 de Valencia al declarar, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 45 y 48 ET , nulo el despido efectuado por la mercantil demandada, ha sido gravemente vulnerado por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, recurrida en amparo, al estimar a la hoy recurrente carente de declaración eficaz de aptitud para el trabajo y calificar, por tanto, al despido como inexistente. Mediante tales afirmaciones, la sentencia impugnada, no solo ha inaplicado este efecto prejudicial, sino que también ha vulnerado aquel efecto negativo al revisar una declaración judicial anterior sobre la aptitud laboral de la recurrente, que por ser objeto de una sentencia firme ha de gozar de todos los efectos materiales de la cosa juzgada.

Sentado lo anterior, resulta indudable que la sentencia impugnada ha infringido el derecho a la tutela que, por imperativo constitucional (art. 24.1), ha de ser "efectiva", lo que comporta, tal y como dispone el art. 117.3 y tiene declarado este Tribunal, la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (SSTC 119/1988 , 33/1987 , 33 y 34/1986 , 15/1986 , 176/1985 , 155/1985 , 106/1985 , 65/1985 , 109/1984 , 67 y 61/1984 , 77/1983 , 32/1982), puesto que, de otro modo, las declaraciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones (STC 26/1983), la satisfacción procesal de las pretensiones tuteladas definitivamente por la sentencia sería platónica, se frustrarían los valores de certeza y seguridad



jurídica consustanciales a la cosa juzgada y se vulneraría el mandato contenido en el art. 118 CE , cuyo primer destinatario han de ser los propios órganos jurisdiccionales del Estado, que, en un Estado de Derecho, han de respetar y quedar vinculadas por sus propias declaraciones judiciales, definitivas y firmes".

Desde luego la vinculación de una sentencia penal es evidente, aún sin que en el pleito en que se dictó y en el que se pretende proyectar haya identidad de litigantes (art 137.2 de la Ley 30/1990 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y art 7.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4.08 , por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para la Potestad Sancionadora). Pero incluso dicha doctrina jurisprudencial prevé la extensión de la misma vinculación cuando se trate de una sentencia de otro orden jurisdiccional. Las sentencias indicadas del Tribunal Constitucional no distinguen y se dictaron con ocasión de una sentencia de un orden jurisdiccional de derecho privado. No es preciso, pues, que exista identidad de sujetos en ambos pleitos, bastando que haya identidad de sujeto afectado, hecho y fundamento. En éste sentido es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 marzo 2004 (EDJ 2004/20236).

5.- También alega la recurrente error en la apreciación de la prueba, al concluir que hubo error en el consentimiento prestado por los demandantes al comprar las acciones, negando dicho error pues dicha adquisición no presupone que se deba siempre percibir beneficios ni que el valor de las acciones se mantenga, sobre todo cuando el riesgo existente habría sido advertido (sobre la posibilidad de que el FROB acreedor del mayor accionista de la entidad pudiera influir en la gestión empresarial, reduciendo o ampliando capital social), y por último que el valor de las acciones se mantuvo un tiempo, durante el cual fue posible haberlo realizado antes de caer el mismo.

Ya decíamos también en la Sentencia antes referida que "*Invoca la inexistencia de un error en el consentimiento prestado por la Sra. Cabezuelo al comprar las acciones de BANKIA en julio de 2.011. Asegura que la suscripción de acciones de una entidad bancaria no es un producto financiero complejo, que todo ciudadano sabe que es un producto de riesgo con el que puede ganar o perder la inversión, que la demandante conocía ese riesgo del que estaban plenamente advertida y que producida dicha pérdida económica no cabe invocar la existencia de un error.*

*El motivo se desestima. Es cierto que en los contratos aleatorios como el que nos ocupa el contratante asume el riesgo o incertidumbre del mayor o menor éxito de la inversión que realiza. Pero no es ese el debate objeto del procedimiento. El alea viene referido al desarrollo de un contrato perfeccionado válidamente con la concurrencia de los elementos de consentimiento, objeto y causa, asumiendo el contratante el riesgo de que la cotización de las acciones adquiridas pueda sufrir un descenso con pérdida total o parcial de su inversión. Pero a lo que no puede extenderse la incertidumbre del contrato aleatorio -y en modo alguno tiene que aceptarse por el contratante como un riesgo más de su inversión-es a la información previa que al inversor se debe suministrar por la oferente sobre su situación financiera y solvencia patrimonial a fin de que su consentimiento se apoye en una información veraz y completa sobre todas las características de la inversión. También es cierto, como dice la apelante, que la suscripción de acciones de una entidad bancaria no es un producto complejo, no exige de unos conocimientos financieros especiales, ya que se trata de un producto bancario sencillo conocido por la mayoría de los **consumidores**. Pero no lo es menos que a dichas operaciones sí que resulta de aplicación el régimen previsto en la Ley del Mercado de Valores, en particular de los arts 27 y 28 relativos a la información a facilitar a los clientes sobre el emisor y los valores, información fidedigna sobre activo y pasivo, situación financiera, responsabilidad del emisor por esa información, etc, etc todo ello al objeto de que el cliente pueda evaluar los riesgos de la inversión, reiterando el art 79bis que "Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa". Y siendo ello así, la prueba practicada en el procedimiento, eminentemente documental, ha acreditado con evidencia que la información suministrada ... acerca de la situación financiera de la entidad bancaria cuyas acciones adquirirían no era cierta, no se ajustaba a la realidad, en definitiva, era engañosa. Así, si acudimos al resumen del folleto OPS BANKIA acompañado como documento núm. 3 de la demanda comprobamos que en el mismo -folio 37 de las actuaciones- bajo el título "Información Financiera histórica anual"y como cuenta de resultados pro forma - se dice por ello que pueden no ser suficientemente representativos de la posición financiera o los resultados reales del grupo- se afirma que el GRUPO BANKIA había obtenido en diciembre de 2.010 un beneficio neto consolidado de 359 millones de euros y un beneficio atribuido al Grupo de 356 millones de euros y en el primer trimestre de marzo de 64 millones de euros de beneficio neto consolidado y de 35 millones de beneficio neto atribuido al Grupo. Es decir, se informa al inversor de que el Grupo es claramente solvente desde el punto de vista financiero información que, obviamente, determinó de modo sustancial -si no único- la decisión de suscribir las acciones, determinó por tanto el consentimiento. La realidad, sin embargo, era bien distinta como hemos referido más arriba.*



Poca duda cabe entonces de que el consentimiento prestado al suscribir las acciones sí estuvo viciado por error. No por error en la naturaleza del producto contratado como se dice en el recurso sino por error en la información suministrada para contratar. Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como la Sentencia de 21 de noviembre de 2012, refiere que "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

Y al respecto dice el artículo 1.266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo- Sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre la sustancia, cualidades o condiciones del

objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Por otro lado el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - Sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1.266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En el caso que nos ocupa, el error fue claramente excusable, no pudo evitarlo ni extremando la máxima diligencia pues toda la información que podían obtener provenía de la propia entidad bancaria oferente resultándole de todo punto imposible detectar la verdadera situación contable y financiera de BANKIA a la fecha de suscripción de las acciones. Poca duda cabe de que si realmente se les hubiera informado de que la entidad sufría pérdidas millonarias jamás hubiera realizado su inversión. Así pues, habiendo concurrido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento la consecuencia obligada es la nulidad del contrato con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1.303 del Código Civil, nulidad y restitución que fue correctamente acordada por el Juez a quo".

Este aspecto fáctico, relativo a la influencia de la publicidad infiel de la contabilidad en la voluntad de los demandantes, ha de tener en cualquier caso los mismos efectos de "cosa juzgada" antes referido al hablar del estado contable ofertado y existente al contratar las compraventas litigiosas (véase final del FUNDAMENTO DE DERECHO 3º).

6.- El siguiente motivo de apelación se refiere a la ausencia de dolo, como motivo de nulidad, si no concurre la maquinación y, sobre todo, el ánimo o intención de engañar propio de dicho motivo de nulidad contractual.

Al margen de que la Sentencia apelada no hace hincapié en dicho engaño, artimaña ni maquinación intencional ninguna, en cualquier caso, por si pudiera derivarse alguna referencia, ciertamente, al dolo como motivo de anulación de los contratos litigiosos, es lo cierto que dicha cuestión, como ya dijimos en la Sentencia indicada nº 118/2015, es "irrelevante pues aunque no hubiera existido dicho dolo -ciertamente la magnitud del agujero económico descubierto hace difícil pensar que no concurriera- la nulidad derivaría en todo caso del consentimiento prestado por error, que este sí es el vicio principal en que se basa la nulidad del contrato acordada en la sentencia"

7.- Por último, y con carácter subsidiario, se reitera en esta alzada la prejudicialidad penal que a juicio de la apelante concurre respecto del procedimiento seguido en la Audiencia Nacional sobre la existencia o no de falsedad o estafa en las cuentas de BANKIA con ocasión de su salida a bolsa, prejudicialidad que impediría el dictado de sentencia hasta que dicha cuestión penal hubiera quedado definitivamente resuelta.

Como se dice al respecto en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2015 "Alega BANKIA SA que la veracidad o falsedad de la información contable suministrada por dicha entidad en el folleto informativo antes de su salida a Bolsa, que se investiga en el proceso penal mencionado, es el presupuesto ineludible para la resolución de este proceso. Entiende, por ello, que el Juzgado de instancia debió acceder a la petición de suspensión del proceso; al no haberlo acordado así, procedería decretar la nulidad del procedimiento, retrotrayendo las actuaciones al momento en que el Juzgado dictó el auto de 11 de abril de 2014, debiendo acordarse en ese momento la suspensión del proceso civil hasta que se resuelva el penal.

Sin embargo, puede entenderse, y así se sostiene aquí, que el fundamento de la nulidad que se pide es tanto la supuesta actuación dolosa de (determinadas personas físicas) por suministrar información falsa como el error en que -según se alega en la demanda- incurrió el suscriptor de las acciones como consecuencia de la falta de veracidad de la información ofrecida en el folleto de emisión (y así se deduce de la sentencia de instancia), supuesto este en que basta acreditar la realidad objetiva del conocimiento equivocado -error- (con los requisitos jurisprudenciales), sin que sea necesario ni que ese resultado sea consecuencia de dolo de XXXXXX ni que se



aprecie responsabilidad penal, bastando la valoración jurídico-civil del contenido de la información suministrada y de las omisiones cometidas. Por otro lado, tampoco el dolo civil se identifica con el penal, de modo que no es preciso que se declare este último en proceso penal para que en el presente proceso pueda apreciarse que XXXXXXXX, SA observó una actuación dolosa. Resulta, así, que no se trataría de «los mismos hechos» los que son investigados en el proceso penal y los que constituyen objeto de este proceso civil, con la consecuencia de que no procede la suspensión de este hasta que finalice la causa penal".

En el mismo sentido, nuestras Sentencias nº 118/2015 de 22.05 (ya citada) y 121/2015, de 25.05 .

8.- Desestimada la apelación interpuesta por el demandante, serán a su cargo las costas procesales causadas (art 394 y art 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los anteriores preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad El Rey y por el poder que nos confiere la Constitución, dictamos el siguiente,

FALLO

1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKIA SA contra la Sentencia de 21.09.2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Albacete , que se confirma.

2º.- Condenamos a dicha apelante al pago de las costas procesales derivadas de su apelación.

Contra la presente Sentencia no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recurso extraordinario de casación en el plazo de 20 días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación, ante éste Tribunal y del que conocerá el Tribunal Supremo, siempre que el recurso tenga interés casacional (en los términos exigidos en el art 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cabe también interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en el tiempo y forma antes indicado, para el caso de infracción de alguna de las normas y por los motivos y casos previstos en el art 469 y Disposición Final 16ª de dicha ley .

Déjese certificado literal de la presente resolución en actuaciones, remitiéndose las originales al Juzgado de origen.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACION: En Albacete, a u **no** de diciembre de dos mil quince.