



Roj: **SAP AV 385/2015 - ECLI:ES:APAV:2015:385**

Id Cendoj: **05019370012015100384**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2015**

Nº de Recurso: **375/2015**

Nº de Resolución: **276/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00276/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1AVILAAUD.PROVINCIAL SECCION N. 1AVILA

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado

EN **NO** MBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N Ú M: 276/2015

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTA

DOÑA MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

MAGISTRADOS

DON JESÚS GARCÍA GARCÍA

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En la ciudad de Ávila, a 4 de Diciembre de 2015.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de JUICIO VERBAL Nº 331/2015, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº3 DE ÁVILA, RECURSO DE APELACIÓN Nº 375/2015 entre partes, de una como recurrente la mercantil BANKIA, S.A., representada por el Procurador D. JESÚS JAVIER GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, dirigida por la Letrada Dª. YOLANDA VÁZQUEZ SÁNCHEZ, y de otra como recurrido D. Luis Alberto , representado por el Procurador D. CARLOS SACRISTÁN CARRERO y dirigido por el Letrado D. TARSICIO JAVIER JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

Actúa como Ponente, el lltmo. Sr. DON JESÚS GARCÍA GARCÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº3 DE ÁVILA, se dictó sentencia de fecha 23 de Septiembre de 2015, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda presentada por D. Luis Alberto representado por el procurador D. Carlos Luis Sacristán Carrero y defendido por el letrado D. Tarsicio Jiménez Jiménez contra la sociedad mercantil Bankia S.A. representada por el procurador D. Jesús Javier García-Cruces González y defendida por la letrada Dª. Yolanda Vázquez Sánchez:



A.- Declaro la nulidad del contrato de compra de acciones de la sociedad mercantil Bankia S.A. suscrito con la parte actora D. Luis Alberto con efectos de fecha diecinueve del mes de julio del año dos mil once, procediendo, en consecuencia, a la restitución de las prestaciones entre ambas partes, debiendo la sociedad mercantil Bankia S.A. entregar a la parte actora D. Luis Alberto la suma de 9.997,50 euros y los intereses legales de la citada suma de 9.997,50 euros desde la fecha de suscripción (diecinueve del mes de julio del año dos mil once) hasta la fecha de la presente sentencia, así como el interés legal del dinero incrementado en dos puntos de la mencionada suma de 9.997,50 euros desde la fecha de la presente sentencia hasta que sea totalmente ejecutada, devolviéndose por parte de la parte actora D. Luis Alberto las veintiséis acciones que aún permanecen en su poder.

B.- Condeno a la parte demandada la sociedad mercantil Bankia S.A. al pago de las costas procesales causadas a la parte actora D. Luis Alberto ".

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Recurre en apelación la Sentencia estimatoria de instancia la defensa de la entidad mercantil Bankia S.A. quien pide su revocación, y en consecuencia, que se desestime en su integridad la demanda que presentó D. Luis Alberto .

La dirección letrada del indicado demandante solicitó y se accedió a ello en la instancia, que se declarase la nulidad del contrato de compra de acciones de Bankia de 4 de Julio de 2011 y que dio lugar a la adquisición de 2.666 acciones de Bankia en fecha 19 de Julio de 2011, procediendo, en consecuencia, a la restitución de prestaciones entre ambas partes, debiendo Bankia S.A. entregar al demandante la suma de 9.997,50€ más las comisiones cobradas y los intereses legales desde la fecha de la suscripción, devolviéndose por parte del actor las acciones que aún permanecieran en su poder.

Los hechos que han propiciado la presente controversia se sintetiza en que D. Luis Alberto era cliente de Bankia, y que en el mes de Junio de 2011 recibió una llamada desde la sucursal de dicha entidad a fin de convencerle que suscribiera acciones de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones de Bankia, S.A., diciéndole que era una oportunidad única, que Bankia había surgido de la fusión de varias Cajas, y que era una entidad total y absolutamente solvente, y que en cuanto saliera a Bolsa, el precio de las acciones subiría.

En fecha 4 de Julio de 2011 firmó una orden de compra por importe de 10.000€ para la adquisición de acciones de Bankia, por lo que le adjudicaron 2.666 títulos al cambio de 3,75€, lo que le supuso un cargo por un total de 9.997,50€.

En el mismo acto de la firma de la orden de ejecución operación de valores, la entidad le entregó un resumen-folleto OPS de Bankia, oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia, donde constaba que era una entidad totalmente solvente y la primera entidad financiera en activos en España.

Las cifras publicadas sobre los resultados de la entidad del año 2010 y la información que daba la entidad sobre la trayectoria del año 2011 para los adquirentes de las acciones de Bankia, según afirmó la parte actora, aquí apelada, fueron elementos decisivos en la compra de las acciones.

Resultó que esa información no era cierta y en el mes de Abril de 2013, Bankia S.A. llevó a cabo un "contra split", reduciendo a un céntimo el valor nominal de sus acciones y su simultánea agrupación a una proporción de 100 a 1 por lo que las 2.666 acciones suscritas quedaron reducidas a 26 acciones, que al cambio aproximado de 1,30€ que cotizaba al tiempo de la presentación de la demanda, tienen un valor aproximado de 33,80€.

-El demandante, aquí apelado ejercita una acción de nulidad relativa o anulabilidad del contrato citado por vicio en el consentimiento al amparo de lo que disponen los arts. 1261 , 1265 y 1266 por error en el consentimiento, y en los arts. 1269 y 1270, todos del Código Civil por haber procedido la entidad aquí recurrente con dolor.

Como la Sentencia de primer grado fue estimatoria de la demanda, se alza la entidad mercantil contra dicha Resolución, en base a los motivos que se estudian a continuación.



SEGUNDO.- Como primer motivo de recurso se alega que la Sentencia de instancia aplicó incorrectamente la doctrina sobre la carga de la prueba, con infracción del art. 217 de la LEC al imputar a la recurrente las consecuencias de la falta de acreditación de la veracidad de la información económica incorporada al folleto. Invoca que en la Sentencia recurrida se invierte la carga de la prueba del error, reprochando a la aquí apelante no haber acreditado su solvencia al tiempo de salir a Bolsa.

El motivo de recurso se tiene que rechazar.

El que se formula como primer motivo del recurso denuncia incorrecta aplicación por la Sentencia de las reglas sobre el *onus probandi* con infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al imputar a la apelante las consecuencias de no haber acreditado la veracidad de la información económica incorporada al folleto que suministró al suscriptor, y por tanto su solvencia al tiempo de salir a bolsa, pues, en definitiva, entiende la disconforme que correspondía al actor probar los hechos que fundamentan su pretensión -falta de solvencia de la entidad financiera como presupuesto del vicio del consentimiento- y soportar las consecuencias de su nula acreditación.

I) Sobre este aspecto cumple comenzar distinguiendo dos categorías jurídicas distintas, como son la carga de la prueba y la valoración de los medios de prueba: la primera tiende a la asignación del *onus probandi* y aclara qué parte litigante soportará las consecuencias de la falta de justificación de hechos relevantes; atribuye a actores y demandados la impensa de probar la certeza de hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ellos aplicables el efecto correspondiente a las pretensiones deducidas -en el caso de aquéllos- o que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores -en el caso de éstos-, conforme expresa el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que asimismo contempla el postulado de que las susodichas normas se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes, e introduce una flexibilización en su último inciso por mor de la disponibilidad y facilidad probatoria que ostente cada parte en litigio. Además entra ahora en consideración el marco jurídico nacido en defensa de **consumidores** y usuarios, cuya legislación especial exhibe notorias desviaciones de las pautas estándar de atribución del *onus probandi*, y, en su exégesis, a propósito del cumplimiento del deber de información, sostiene la Jurisprudencia que corresponde acreditarlo a la parte a la que incumbía informar máxime cuando el mismo está regulado legalmente, alcanzando la necesidad de justificar la integridad y veracidad de la información facilitada, y, esto, descendiendo al caso de méritos, abarcaría la fidelidad de los datos incorporados al folleto divulgativo en cuestión.

Como decíamos, el postrero párrafo del precepto ordena atender a la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes, y hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre el litigante que se halla en una posición prevalente o más favorable por la proximidad a su fuente, partiendo de la idea de que no puede exigirse a ningún contendiente una prueba que vaya más allá de lo razonable, y menos si con ello se menoscaba o dificulta la tutela de su derecho hasta el punto de dejarlo indefenso, siendo paladino que en el supuesto de autos en manos de la recurrente estaba despejar cualquier duda a propósito de su solvencia en el escenario litigioso y fidelidad de las cuentas e información.

II) Por otro lado, la acreditación del error como vicio en el consentimiento corresponde a quien insta la nulidad del contrato pues la voluntad se presume libremente prestada y quien sostiene la concurrencia de un vicio del consentimiento ha de acreditarlo - vid. SSTs de 12 de julio de 2002, 12 de noviembre de 2004 y 17 de julio de 2005 -.

III) De cualquier manera, presupuesta la práctica de medios de prueba al objeto de que el Juzgador pueda formar convicción sobre los hechos, y establecer la primera premisa de su razonamiento, la tarea de evaluar o sopesar el signo del resultado compete al Juez, y no cabe que las partes lo sustituyan en esa función.

En el caso de autos existió prueba sobre los hechos soporte de la pretensión esgrimida por el actor, consistiendo tales medios de prueba en documental y pericial, sometidos en su ponderación a las reglas de la sana crítica ex artículos 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tanto cuando la recurrente muestra su desacuerdo verdaderamente se refiere a la valoración probatoria y no a la asignación del *onus probandi*, que fue correcta.

TERCERO.- Como segundo motivo se invoca que el Juzgador de primer grado vulneró los arts. 1266, 1269 y 1270 del Código Civil, afirmándose en el motivo que no había prueba en las actuaciones de la concurrencia de una inducción en el proceder de Bankia S.A. ni del error apreciado, ya que esa circunstancia debió apreciarla la parte actora.

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; existencia de controles del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, inexistencia del error y prejudicialidad penal.

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, 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 5 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 presentase 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 remitiese 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.

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 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 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 6 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 a 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".

CUARTO.- Como tercer motivo de recurso, la parte apelante invoca que la Sentencia recurrida incumple las exigencias de motivación a que se refiere el art. 209.3 de la LEC en relación al art. 24 CE al apoyar exclusivamente su decisión en otra Sentencia dictada por esta Audiencia Provincial.

Sin embargo, de las pruebas practicadas en estos autos, se aprecia que la petición de nulidad invocada o las pruebas practicadas en este procedimiento coinciden en gran manera con las practicadas en las Sentencias que invoca. Se trata de los mismos hechos, el mismo contrato, el mismo folleto informativo con las mismas inexactitudes contables a que hemos hecho referencia. En todo caso la parte apelante no pormenoriza las diferencias existentes en las pruebas practicadas en otros procedimientos, ya que la suscripción de contrato para comprar acciones es idéntico, salvo que varía la cantidad aportada en cada caso y las acciones que se dieron a cambio.

El folleto es el mismo etc. Ya hemos pormenorizado los hechos que motivan el error.

De hecho la jurisprudencia del T.S. y la menor de las Audiencias Provinciales sirve de doctrina las primeras y de orientación doctrinal las segundas, a todos los Tribunales.

El motivo de recurso se rechaza. No existe vulneración del art. 209.2 de la LECivil ni del art. 24 de la CE, pues se motivó el fallo con los razonamientos que se transcriben de otras resoluciones, aunque no sean firmes en casos similares lo cual no supone vulneración de la tutela judicial efectiva, cuando los supuestos enjuiciados son muy similares.

QUINTO.- Como último motivo de recurso invoca la parte que apela, que este procedimiento se debía suspender, hasta que se resolviera definitivamente la Instrucción de unas diligencias previas que se instruyen en el Juzgado Central nº 4 de la Audiencia Nacional, existiendo prejudicialidad penal.

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 existen 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 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).

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.

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".

La prejudicialidad penal es regulada con clara vocación restrictiva en el art. 40 la Ley de Enjuiciamiento Civil pues, conforme dispone dicho precepto en su apartado 2, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las circunstancias que pasa a indicar, siendo preciso, en primer lugar, que se estén investigando, como hechos de 3 apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil, y en segundo lugar, además, que la decisión del tribunal penal pueda tener no solo influencia, sino influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Si el delito es falsedad documental y afecta a un documento decisivo para resolver el pleito civil, la suspensión se decreta desde el momento en que se tenga constancia de la causa penal, conforme dispone el art. 40.4 de la L.E.C . Si es otro delito, la suspensión se decreta cuando el procedimiento civil está pendiente sólo de sentencia, por virtud de lo dispuesto en el art. 40.3 del mismo texto Legal .

Por su parte, el art. 114 de la LECr establece que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta el momento en que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

A la luz de lo expuesto, necesariamente debe concluirse que para considerar la existencia de prejudicialidad penal no solo 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 imprescindible aguardar a la resolución del Tribunal penal para la resolución del litigio civil, de manera que éste no pueda ser resuelto sin aquélla. Por tanto, si en el pleito civil existen datos suficientes para su resolución, y que puedan ser tenidos en consideración con independencia de la calificación que a los hechos enjuiciados se otorgue en el procedimiento penal, no se estaría en presencia de prejudicialidad que, no hay que olvidar, en tanto supone una crisis procesal, ha de interpretarse en sentido restrictivo, no pudiéndose obviar que, en relación con todo lo anteriormente expuesto, el dolo penal es independiente del dolo o culpa civil, y nada impide que éste último pueda existir, con independencia del dolo penal.

En el presente caso, se alega en la demanda que la información suministrada por la entidad demandada acerca de su situación de solvencia, al tiempo en que se produjo la oferta de suscripción de acciones, no se correspondía con la realidad, en definitiva, que la imagen que proyectaba la entidad en la fecha de emisión de las acciones no reflejaba su verdadera situación de solvencia, y que ello determinó un error en la parte demandante en cuanto a la esencia misma del producto que suscribía, error por tanto esencial, invencible y excusable, según se alega, y que determinaría la nulidad del negocio por la concurrencia de tal vicio de consentimiento.

En consecuencia, basta la valoración jurídico-civil del contenido de la información suministrada y, en su caso, de las omisiones cometidas por el personal de la demandada, para la resolución del presente litigio, sin que se aprecie necesario esperar a que en el proceso penal se determine, o no, la existencia de delito de falsedad en las cuentas. En definitiva, si la imagen de solvencia que se ofreció por parte de BANKIA en junio de 2011 no se correspondía con la realidad, conforme se alega en la demanda y es cuestión a dilucidar en este proceso, no es preciso que exista un previo pronunciamiento penal que determine que, en su caso, ello fue constitutivo de delito, y que se debió a la falsedad de las cuentas de la entidad pues, incluso prescindiendo de tal eventual conclusión, puede analizarse en este proceso si existió dolo civil, información inexacta o inveraz o sesgada, o incluso engaño bastante para inducir a la parte demandada a suscribir un negocio que, de no haber mediado tal error, no hubiera perfeccionado y, con ello, las circunstancias determinantes del vicio de consentimiento que se alega en la demanda como determinante de la nulidad del negocio de que se trata.

En definitiva, para analizar si concurre o no responsabilidad de la demandada para producir el error de consentimiento alegado en la demanda, y acogido en la sentencia recurrida, no es necesario determinar si



los documentos financieros fueron falsificados, o si se llevaron a cabo maquinaciones para engañar en el mercado, siendo por tanto irrelevante a estos efectos si hubo o no delito, pues lo decisivo es analizar si la información ofrecida en el folleto fue suficiente para satisfacer las exigencias del art. 27 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y 16 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988.

Como se ha dicho, estas normas exigen que la información permita a los inversores hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes a tales valores, por lo que debe presentarse de forma fácilmente analizable y comprensible, sin que al inversor se le puedan oponer hechos no contenidos en la información, y para analizar si en este caso se cumplió tal exigencia (cuestión que entra dentro de la competencia estricta de la jurisdicción civil) en absoluto resulta preciso esperar a la resolución del procedimiento penal que se sigue en el Juzgado Central de Instrucción nº 4, por lo que la prejudicialidad penal, en los términos en que es planteada por la recurrente, debe ser rechazada, no procediendo por tanto en sede de apelación acordar la suspensión del presente procedimiento civil.

Por todo ello, se desestima el motivo de recurso, y con ello la totalidad del recurso de apelación.

SEXTO. - Al desestimar la Sala el motivo, todo ello conlleva a que se desestime en su integridad el recurso de apelación, y se confirme la Sentencia recurrida, por aplicación del art. 398 de la LEC, al ser los motivos de recurso totalmente rechazados.

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

FALLAMOS:

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Bankia, S.A. contra la Sentencia nº 233/15 de fecha 23 de Septiembre de 2015 dictada por el Titular del Juzgado de 1ª Instancia nº3 de Ávila en el procedimiento ordinario nº 331/2015, del que el presente Rollo dimana, **Y LA CONFIRMAMOS** en su integridad, **CON** imposición de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.