



Roj: **SAP BU 81/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:81**

Id Cendoj: **09059370022016100014**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **02/02/2016**

Nº de Recurso: **423/2016**

Nº de Resolución: **20/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

SENTENCIA: 00020/2016

SENTENCIA Nº 20

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

UNIPERSONAL

MAGISTRADO: MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

SOBRE : ACCION DE NULIDAD Y SUBSIDIARIAMENTE DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

LUGAR : BURGOS

FECHA : DOS DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISEIS

En el Rollo de Apelación número 423 de 2.016 dimanante de Juicio nº 424/2015, sobre acción de nulidad y subsidiariamente de resarcimiento de daños y perjuicios, del Juzgado de Primera Instancia nº 4, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de Octubre de 2015, siendo parte, como demandante apelado DON Rodolfo, representado ante este Tribunal por la procuradora Doña Elena Cano Martínez, y defendido por el Letrado Don José Ángel Saiz Rubio; y como demandada apelante, BANKIA S.A., representada ante este Tribunal por el Procurador Don Ricardo de la Santa Márquez y defendido por la Letrada Doña María José Cosmea Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Cano Martínez en nombre y representación de D. Rodolfo representados por la Procuradora Sra. Cano Martínez frente a BANKIA, S. A., representada por el Procurador SR. De la Santa Márquez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de compra de acciones de BANKIA con efectos de 19 de julio de 2011, y la obligación de la demandada de reintegrar a los demandantes la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y CINCO CENTIMOS (4.998,75 euros) más los intereses legales desde la fecha de suscripción, devolviendo la actora a la demandada las trece acciones que aun permanecen en su poder y los dividendos si se hubieran satisfecho; todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO: Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de BANKIA S.A. se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.



TERCERO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido señalado el día 2 de Febrero de 2016 para su examen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación legal de Bankia SA formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 8-9-2015 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Burgos por la que se estimaron íntegramente las pretensiones actoras de nulidad de la compra de 3.466 acciones de fecha 19/07/2011.

Pretende la parte apelante la desestimación de las pretensiones actoras. Invoca, en síntesis, como **motivos del recurso** :

- 1-Suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal conforme al artículo 40.4 LEC
- 2-Error en la valoración de la prueba: falta de prueba del falseamiento de sus datos contables.
- 3-Valoración del informe emitido por los peritos del Banco de España en las diligencias previas.
- 4-Imposibilidad de aplicar a este procedimiento la doctrina del hecho notorio (artículo 281.4LEC).
- 5-Inexistencia de error.

SEGUNDO.- Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que se estiman acertados los pronunciamientos de la sentencia apelada.

Son antecedentes de interés para la resolución del recurso:

1º) Por la entidad demandada, hoy Bankia, se procedió en junio de 2011 a registrar en la Comisión Nacional del Mercado de Valores la oferta pública de adquisición de acciones y folleto informativo. Se hacía constar que el importe de la emisión era de 1.649.144.506 €, dividido en 824.572.253 acciones, siendo el valor de las acciones incluyendo tanto del valor nominal como de la prima de emisión del 3.75 €. Asimismo se señalaba como Beneficio Neto Consolidado, a marzo de 2011 de 64 millones de euros y un Beneficio Consolidado atribuido del Grupo de 35 millones de euros.

2º) La parte actora suscribió en fecha 19-7-2011 un total de 1.333 títulos por un importe total de 4.998,75€ .

3º) En carta remitida por Bankia al actor, de fecha 13 de Febrero de 2012, se le comunicaba que aquella disfrutaba de una cómoda posición de liquidez y solvencia con una capacidad de generación de capital superior a 8.000 millones de euros, que permitiría cubrir de forma holgada los requerimientos pendientes sin necesidad de ayudas públicas .

4º) Realizada la intervención de la entidad financiera, en fecha 25 de mayo de 2012 se presentan las cuentas correspondientes al fin del ejercicio de 2011, en el que se recogen unas pérdidas de 3.031 millones de euros, procediéndose en fecha 27 de noviembre de 2012 a la aportación del plan de restructuración de la entidad demandada, que implicaba entre otras medidas la aportación de 17.959 millones de euros.

TERCERO .-La prejudicialidad penal invocada viene regulada por el artículo 40 LEC a cuyo tenor: "" 1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias:

1ª 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.

2ª 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.

3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.

4. No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.



Por tanto para acceder a la suspensión, entre otros requisitos, se exige que los hechos de apariencia delictivos investigados fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil, y puedan tener influencia decisiva en su resolución.

En el presente caso se pretende la nulidad del contrato de adquisición de acciones por vicio del consentimiento: dolo reticente por parte de la entidad financiera demandada sobre su solvencia determinante de error y subsidiariamente, indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de instancia acoge la pretensión principal por existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento.

En el presente caso la parte actora no consta sea parte en el procedimiento penal, ni que haya ejercitado acción alguna en ese procedimiento penal, siendo las pretensiones, de ambos procedimientos, distintas.

Lo cierto es que ni los hechos denunciados en el procedimiento penal, ni sus fundamentos son determinantes del procedimiento civil. El dolo y el error civil tienen exigencias jurídicas distintas de las que corresponden al dolo o a la culpa penal. En el presente caso se ha de analizar si concurren los vicios de consentimiento invocados: error y dolo, que no exigen la existencia por ejemplo de los delitos de falsedad o estafa objeto del proceso penal

Como ha señalado **la Secc. 3ª de esta A.P. en sentencia de 15-4-2015** : " *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.*

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.

*Tampoco puede desconocerse el derecho de la tutela judicial efectiva que tienen los actores a obtener una resolución sobre sus pretensiones en un tiempo razonable (no siendo partes ni ejercitando acción alguna en el procedimiento penal), conforme al art. 24 Constitución ; ni el principio de protección efectiva del **consumidor**, del art. 51 Constitución y Derecho Comunitario".*

Por todo ello y no concurriendo los requisitos establecidos en los artículos 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 10.2 de la LOPJ, ni 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se desestima el motivo.

CUARTO.- Invoca asimismo la parte apelante la existencia de **Error en la valoración de la prueba: falta de prueba del falseamiento de sus datos contables**. El motivo no puede ser atendido.

En el folleto informativo que se acompañó a la oferta pública de venta de las acciones, y de forma especial en el apartado relativo a los aspectos patrimoniales y contables se recogían una serie de consideraciones como que la entidad era la primera entidad financiera en términos de activos totales en España con unos activos totales consolidados pro forma a 31 de diciembre de 2010 por importe de de 292.188 millones de euros, indicando un Beneficio Neto Consolidado a esa fecha de 356 millones de euros.

En febrero de 2012 Bankia remite una comunicación a sus accionistas indicando haber alcanzado en el ejercicio pasado un beneficio de 309 millones de euros, disfrutando de una cómoda posición de liquidez y solvencia

Pero una vez que se produce la intervención de la entidad, se procede de nuevo a reformular las cuentas del ejercicio 2011, que tiene lugar el 25 de mayo de 2012, en el que se recogen unas pérdidas de 3.031 millones de euros, procediéndose en fecha 27 de noviembre de 2012 a la aportación del plan de restructuración de la entidad demandada. A ello se añade la petición al FROB de una ayuda de 19.000 millones de euros para el grupo BFA- Bankia, de los que 12.000 millones se destinarían a recapitalizar Bankia, siendo hoy un hecho notorio (no necesitado de prueba: *artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) que esa petición ha sido atendida y que Bankia ha recibido sustanciosas ayudas de capital público.

Por todo ello no cabe entender que exista el error en la valoración de la prueba. Fue la propia entidad ahora apelante quien en mayo de 2012 reconoce que las cuentas por ella presentadas solo dos meses antes, no reflejaban la situación contable y patrimonial de la sociedad, siendo aquella contabilidad la que se tuvo en



cuenta para elaborar los datos contables y financieros que se incorporaron al folleto informativo, que debía aportarse con la oferta pública de acciones, de acuerdo con los *artículos 26, 27 y 30 bis de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, la conclusión, a efectos civiles, es que dicha contabilidad, por lo tanto los datos que se recogían en el folleto informativo sobre los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas, no respondían al estado real de la sociedad, por lo que dicho folleto informativo en modo alguno pudo servir de base e información adecuada a los clientes a fin de tener un conocimiento de tales elementos a los efectos de poder realizar una evaluación de la oferta pública, tal como establece el *artículo 27.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*.

En cuanto a la alegación de incorrección del informe de los peritos del Banco de España no puede ser atendida atendido su carácter más objetivo e imparcial, no justificándose en todo caso la discrepancia entre la información inicial ofrecida sobre el estado contable de la entidad y la reformulación de cuentas finalmente realizada.

QUINTO. -Tampoco es atendible la alegación de imposibilidad de aplicar a este procedimiento la doctrina del hecho notorio. Señala la parte apelante que la falsedad o veracidad de la información financiera elaborada por Bankia para su salida a Bolsa no puede presumirse por el solo hecho de que haya precisado de importantes ayudas públicas, en plena crisis económica, con un nuevo marco legislativo, habiendo saneado en enero de 2011 el Banco Financiero de Ahorro su balance en más de 9.200 millones de euros con el apoyo financiero del FROB por importe de 4.465 millones de euros y teniendo en cuenta los rigurosos controles que tuvo que pasar Bankia para su salida a Bolsa por parte del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Lo cierto es que la sentencia apelada se remite a la prueba practicada (en esencia documental) que es valorada en cuanto a la conclusión de producción de error en el consentimiento por insuficiente y errónea información del estado financiero de la entidad por referencia a argumentaciones jurídicas ya realizadas en otros procesos.

El *artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que deben ser objeto de prueba los hechos que guarden relación con tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, estando exonerados de prueba los hechos en los que existe plena conformidad de las partes, y los hechos notorios, entendiéndose por tales aquellos hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.*

A los efectos del proceso es un hecho notorio que la entidad Bankia presentó unas cuentas para el año 2011 y que el folleto informativo de la oferta pública de acciones se aludía a una situación patrimonial que fue modificada por la propia entidad, reformulando dichas cuentas en las que frente a un resultado positivo se recogían pérdidas por más de 3.000 millones de euros; siendo también un hecho notorio que BANKIA como consecuencia de esa situación de insolvencia tuvo que ser rescatada y que fue objeto de importantes ayudas públicas.

Por todo ello no cabe apreciar infracción del *artículo 281 de la ley de enjuiciamiento civil*, pues la sentencia apelada no presume la falsedad contable y financiera de la entidad, sino que deduce su falsedad o inexactitud, desde un punto de vista civil, de la situación contable y financiera de la entidad a la vista de la información ofrecida inicialmente respecto de la que correspondía realmente conforme a la valorada posteriormente y todo ello con el fin de valorar si se indujo a error al cliente con el fin de que suscribiera las correspondientes acciones.

SEXTO.- Como motivo de recurso se alude también a la inexistencia del error.

Es indudable que la adquisición de acciones o participaciones sociales implica un riesgo por parte del adquirente, al que no se garantiza un beneficio. Ahora bien, esa adquisición se realiza por parte del inversor atendiendo o sobre la base de una serie de datos sobre los que le informa el emisor mediante el correspondiente folleto informativo. Esa información debe recoger datos reales y ciertos, reflejo de una contabilidad que se ajuste a la realidad de su situación económica y de su solvencia como entidad financiera y no como ocurrió en el presente caso, en el que los datos contables y financieros ofrecidos distaban mucho de la realidad y que de haber sido conocidos hubieran determinado al cliente en otro sentido.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014** ha declarado que", en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre : *Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. (...)*

El error de vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que



si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error .

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. (...)

"Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.e LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso cabe concluir que concurren todos los requisitos que exige el artículo 1266 del C. civil , para apreciar el error. La entidad demandada no cumplió con su deber de proporcionar una información veraz sobre su situación financiera real, facilitando en el folleto informativo de la emisión datos de su contabilidad que no se correspondían con el estado real de su activo y pasivo, con una influencia decisiva a la hora de la prestación del consentimiento por parte del suscriptor.

Por otra parte esa información inveraz no pudo ser conocida por el inversor de forma previa a la adquisición de las acciones, confiando en definitiva en la solvencia de la entidad bancaria con la que habitualmente actuaba. Por todo ello cabe concluir que existió error esencial y excusable determinante de la nulidad del consentimiento prestado al suscribir las acciones.

SÉPTIMO.- Costas. - Ante la desestimación del recurso y en aplicación del artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

FALLO

Por lo expuesto este Tribunal decide:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de BANKIA S.A, contra la Sentencia dictada en fecha 6-10-2015 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Burgos , acordando su confirmación y haciendo expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Se declara perdido el depósito constituido para recurrir, de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

NOTA: Véase el Libro Registro de Sentencias al folio 152 vuelto.

NOTA : Queda puesta certificación al rollo de apelación.