



Roj: **SAP C 7/2016 - ECLI:ES:APC:2016:7**

Id Cendoj: **15030370042016100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **10/02/2016**

Nº de Recurso: **38/2016**

Nº de Resolución: **39/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00039/2016**

CORUÑA Nº 11

ROLLO Nº 38/16

**S E N T E N C I A**

**Nº 39/16**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**ILTMO. SR. MAGISTRADO:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

En A Coruña, a diez de febrero de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de JUICIO VERBAL 0000427 /2015, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000038 /2016, en los que aparece como parte demandada-apelante, BANKIA S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ, asistido por el Letrado D. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ, y como parte demandante-apelada, Luis Francisco , Carlota , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. PATRICIA DÍAZ MUÍÑO, asistido por el Letrado D. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, sobre NULIDAD CONTRACTUAL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIAS Nº 11 DE A CORUÑA de fecha 30-10-15. Su parte dispositiva literalmente dice: "Estimo la demanda formulada por la procuradora de los tribunales DOÑA PATRICIA DIAZ MUIÑO, en nombre y representación de DON Luis Francisco Y DOÑA Carlota , contra la entidad mercantil BANKIA, S.A., y, en consecuencia, declaro la nulidad relativa del contrato de suscripción de acciones AC. BANKIA SUBTRAMO MI **NO** RISTA, suscrito entre ambas partes litigantes el día 1 de julio de 2011, y, en consecuencia, condeno a la demandada a restituir a los actores la suma de 6000 euros y el interés de dicha cantidad desde la fecha de la suscripción del contrato hasta la fecha de sentencia; y, de la misma manera, los actores han de reintegra a la demandada las acciones compradas y los rendimientos cobrados derivados de dichas acciones y el interés legal de dichos rendimientos desde el momento en que fueron entregadas a los



actores las diversas cantidades hasta la presente sentencia; debiéndose compensar las cantidades adeudadas mutuamente, devengando la cantidad resultante a favor de la actora, desde esta sentencia, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago.

Condeno en costas a la demandada".

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandado se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO: Planteamiento del litigio en la alzada.-**

Es objeto del presente litigio la demanda que es formulada por el demandante D. Luis Francisco y D<sup>a</sup> Carlota , contra la entidad BANKIA S.A. a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial que, con carácter principal, proclame la anulabilidad de la orden de compra de acciones de BANKIA S.A. subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios, con condena a la entidad demandada a proceder a la restitución del importe satisfecho por dicha suscripción, que asciende a 6000 euros, con las consecuencias inherentes a la precitada nulidad postulada.

Seguido el juicio en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de A Coruña, que estimó la demanda, pronunciamiento judicial contra el que se formuló el presente recurso de apelación, con base en distintos motivos de apelación, que serán objeto de su correspondiente análisis.

### **SEGUNDO: Prejudicialidad penal.-**

Un orden lógico de cosas exige examinar, con carácter previo, el motivo de apelación consistente en la concurrencia de una cuestión prejudicial penal, pues su acogimiento implicaría la suspensión del presente proceso hasta la decisión de la causa criminal fundamento de la prejudicialidad instada.

La regulación de las cuestiones prejudiciales penales, en la LEC 1/2000, responde a la intención del Legislador plasmada en su Exposición de Motivos de limitar su apreciación a los casos estrictamente necesarios, y así se se puede leer en la misma que:

"[...] por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal.

Así, pues, hace falta algo más que una querrela admitida o una denuncia no archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil [...] Únicamente determina una suspensión inmediata el caso especial de la falsedad penal de un documento aportado al proceso civil, siempre que tal documento pueda ser determinante del sentido del fallo".

Pues bien, en coherencia con lo expuesto, el art. 40 de la LEC norma que procede la prejudicialidad penal cuando, en un proceso civil, se ponga de manifiesto un hecho, que ofrezca apariencia de delito perseguible de oficio, y concurren 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.

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 consiguiente, la existencia de una prejudicialidad de tal clase exige una identidad entre la causa petendi del proceso civil y los hechos que conforman el objeto del proceso penal, unido a una interdependencia fáctica de tal naturaleza, que conlleve a que lo resuelto en el proceso penal tenga influencia determinante en la decisión de la controversia civil.



En este sentido, la jurisprudencia ha declarado el carácter restrictivo con el que debe ser apreciada la suspensión prejudicial ( SSTS 11 de junio de 1992 y 30 de mayo de 2007 ), así como la necesidad de la existencia de una relación de dependencia de la resolución civil respecto de la penal ( SSTS 11 de junio de 1992 , 7 de julio de 1995 y 20 de septiembre de 2007 ). O dicho de otra forma, que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de la existencia de un delito ( SSTS 30 de septiembre de 1940 , 3 de abril de 1954 , 10 de mayo de 1985 y 30 de mayo de 2007 entre otras). Identidad fáctica, que no se concilia con pronunciamientos contradictorios en ambas esferas jurisdiccionales, de manera tal que, para evitarlos, el proceso civil ha de quedar paralizado hasta la determinación de la existencia del ilícito criminal.

Ahora bien, tal circunstancia no concurre en el presente caso, toda vez que el delito societario del art. 290 del CP , de estructura dolosa; o el de apropiación indebida del art. 252 del CP , que tampoco admite la forma culposa, -habiendo sido derogado el art. 295 del referido texto legal - por los que se había admitido la querrela formulada, por auto de 4 de julio de 2012, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, y que son objeto de investigación en las diligencias previas 59/2012 de dicho órgano jurisdiccional, no son decisivos a los efectos valorativos de la concurrencia del error contractual ( art. 1266 CC ), apreciado por la sentencia apelada, a los efectos de decretar la anulación de la orden de adquisición de las acciones litigiosas.

En definitiva, la existencia de error, por falta de información suficiente, adecuada o correcta sobre la situación patrimonial real de la entidad promotora de la OPA, no exige, ni se haya condicionada, por la existencia de un ilícito criminal. Los querrelados no son parte en el proceso civil. Y las pretensiones respectivamente entabladas en ambos procesos son distintas y compatibles, de manera que la decisión susceptible de adoptarse en el presente litigio no se encuentra subordinada a lo que se declare en el proceso criminal, que se encuentra en fase de instrucción.

En definitiva, como dijo la reciente sentencia de esta Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 3 de septiembre de 2015, cuya doctrina es ratificada y reproducida por la de 6 de noviembre de 2015, de su sección 6ª, "en el presente caso no es necesario que para resolver la cuestión civil planteada, recaiga sentencia en el proceso penal, toda vez que en el primero se presta el consentimiento contractual viciado por error en la solvencia de la entidad demandada, en base a la información dada por sus empleados, sin necesidad de que su conducta sea o no delictiva, lo cual no es relevante para la resolución del proceso civil".

O como dice la SAP de Asturias, sección 6ª, de 30 de noviembre de 2015 : "En el caso que nos ocupa este Tribunal puede formar convicción respecto del vicio de consentimiento denunciado sin necesidad de esperar al resultado del proceso penal, en tanto bastará con comprobar que la información sobre solvencia y resultados incluidos en el folleto de la oferta pública de suscripción y admisión a la negociación en Bolsa de las acciones emitidas por Bankia no se correspondía con la situación real de la entidad a esa fecha para estimar la demanda, abstracción hecha de que ese hecho acabe teniendo trascendencia penal; es por ello que la causa criminal que nos ocupa no es prejudicial en este asunto, como ya se han pronunciado así el auto de la Audiencia de Valencia de 1 de diciembre de 2.014, la sentencia de 9 de febrero de 2.015 de la AP de Ávila y la de Albacete de 22 de mayo de 2015 o esta misma Audiencia, Sección 5ª en sus sentencias de 15 de marzo y de 22 de mayo de 2015 , por citar alguna de las más recientes".

Pues bien, tal cuestión fue además abordada y desestimada por las SSTS 24/2016, de 3 de febrero ,

### **TERCERO: Error en la valoración de la prueba.-**

Con respecto al motivo de apelación consistente en la alegación de error en la valoración de la prueba, por inexistencia elementos de prueba que permitan acreditar que la información facilitada por BANKIA no reflejaba la imagen fiel de la entidad, comprendiendo el error en la valoración de la prueba pericial y juego de las presunciones judiciales.

Para resolver este motivo de apelación es preciso entrar en el análisis de la prueba practicada y partir de las siguientes premisas fácticas, que no son realmente cuestionadas por la parte apelante, y que constan en la sentencia de instancia:

A) Que el actor suscribió una orden de adquisición de acciones de BANKIA, subtramo minorista, con fecha 19 de julio de 2011, cargándose en cuenta la suma de 5793,75 euros, derivada de una oferta pública de suscripción formulada por la entidad demandada.

B) En el resumen del folleto de la OPS de Bankia, inscrito en el Registro de la CNMV, con fecha 29 de junio de 2011, que, con data 31 de marzo de 2011, la mentada entidad se encontraba en una saneada situación económica y se refería igualmente a que era la primera entidad financiera, en términos de activos totales en España, con unos activos consolidados pro forma, a 31 de diciembre de 2010, por importe de 292.188 millones de euros.



C) La entidad demandada presenta las Cuentas Anuales Individuales y las Anuales Consolidadas del ejercicio 2011, formuladas originariamente, el 28 de marzo de 2012, sin auditar, en las que se recogía un beneficio de 305 millones de euros considerando las cuentas pro forma), resultados en principio coherentes con la situación económica publicitada a la salida a Bolsa, haciendo hincapié en el éxito de la OPS y la consolidada solvencia del Grupo.

D) El 7 de mayo de 2012, el Presidente de Bankia presenta su dimisión ante el Consejo de Administración de la entidad (f 157 vuelto). Y se comunica a la CNMV la aprobación de la reformulación de las cuentas anuales de 2011, ahora sí auditadas, con data 25 de mayo de 2012, que arrojaban unas pérdidas por 2979 millones de euros, lo que motivó la suspensión inmediata de la cotización de las acciones, así como una solicitud de inyección de 19.000 millones de euros para su recapitalización.

Pues bien, siendo así las cosas como así son, no vemos que se haya producido un error en la valoración de la prueba, en tanto en cuanto la sentencia de instancia obtiene la conclusión de que el consentimiento contractual de los actores se encontraba viciado por la circunstancia de que la información obrante en el folleto de emisión, que conforma el documento básico relativo a la situación patrimonial de la entidad emisora, y determinante a los efectos de adoptar una decisión de compra, participando en la OPS (ver la importancia otorgada al folleto por la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 2001/34/CEart, cuya transposición se llevó a efecto por el RDL 5/2005, de 11 de marzo, que reformó el artículo 28 LMV), no respondía a la realidad de su situación patrimonial o al menos hurtaba significativa información relevante.

Y tal conclusión se encuentra avalada, por un hecho concluyente, de elevada carga significativa, que deriva de la circunstancia de que, en tan sólo un periodo de seis meses, desde la aprobación de la salida a bolsa de Bankia, hasta la reformulación de las cuentas anuales a diciembre de 2011, se produzca un cambio tan radical en la situación patrimonial de la entidad oferente, que pasa de una solvente situación publicitada, a unas pérdidas de unos 3000 millones de euros, postulando un rescate de 19.000 millones.

Desde luego no se ve refrendada la exigida información veraz de una oferta pública de suscripción de acciones, cuando la misma entidad emisora, en tan sólo unos días y en referencia al mismo ejercicio económico, formula y reformula sus cuentas anuales con resultados manifiestamente incompatibles entre sí, en datos de tanta trascendencia como son las cuentas anuales

En definitiva, cómo es posible que en seis meses desde la OPS hasta el cierre del ejercicio económico de 2011, mediante la reformulación de las cuentas anuales, una entidad, que se proclama la primera en términos de activos totales en España, que se declara de reconocida solvencia y saneada situación económica, que reconoce expresamente el feliz resultado de su salida a bolsa y exitosa suscripción de su emisión de acciones, pueda sufrir tal deterioro patrimonial. O dicho de otra forma, cómo se explica un resultado tan divergente en las cuentas de 2011, formuladas y ulteriormente reformuladas por la misma entidad con escasos días de diferencia. O cómo pasamos de una solvente situación económica a la necesidad de 19.000 millones de euros para proceder a la recapitalización del Banco. Todo ello además en un contexto de manifiesta falta de conexión entre tales hechos -óptima situación económica- y deterioro patrimonial sufrido, que requerían una cumplida justificación, no dada por la entidad demandada, que explicase suficientemente esa discordancia, que tan ostensiblemente difiere del curso natural de los procesos económicos según elementales máximas de experiencia.

En definitiva, no se ha desvirtuado la sólida presunción derivada de los hechos reseñados -"res ipsa loquitur"- que correspondería acreditar a la entidad demandada, mediante la alegación y prueba de una hipótesis alternativa fiable, que anule a la derivada de hechos tan significativos como los expuestos anteriormente, valorando la prueba practicada conforme a los postulados de la sana crítica, o como señala el art. 218.2 de la LEC, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón.

Se alega por la parte demandada como fundamento de su recurso las conclusiones del dictamen pericial aportado al proceso, ahora bien, en cualquier caso, dicha prueba ha de ser valorada conjuntamente con el resto de la actividad probatoria obrante en autos, así como en relación con los actos propios de la entidad demandada de indiscutible carga significativa, como la reformulación de sus cuentas en los términos antes indicados, constando igualmente, en el propio informe pericial adjuntado, la existencia de otros contradictorios de peritos judiciales pertenecientes al grupo de inspectores de entidades de crédito del Banco de España, que informaron al respecto en el procedimiento penal seguido ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional en sentido antagónico, debiéndose valorar las pruebas de forma conjunta como exige el art. 218 LEC.

En conclusión, siendo la información del folleto de emisión incorrecta, poco importa que la misma respondiese a una actuación dolosa, negligente o poco prudente de la entidad demandada, o que tanga o no trascendencia



penal, si la misma generó error relevante, excusable y causal sobre la prestación del consentimiento contractual a la parte actora, que vio de esta manera que sus expectativas de inversión no respondían a la realidad de lo publicitado.

#### **CUARTO: Motivo de apelación fundado en la inexistencia de error en el consentimiento.-**

Tampoco ha de ser estimado este causal de apelación, que considera no concurre error en la parte actora en la prestación de su consentimiento para la adquisición de las acciones suscritas, lo que nos obliga a analizar los requisitos de apreciación de tal motivo de anulabilidad contractual.

#### **5.1 El error como vicio del consentimiento.-**

Concurre el error vicio del consentimiento, cuando la voluntad del contratante se ha formado a partir de una creencia inexacta - SSTS 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 , 683/2012, de 21 de noviembre entre otras muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fue equivocada o errónea.

Igualmente para que quepa hablar de error jurídicamente relevante es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias ( SSTS de 29 de octubre de 2013 y 769/2014, de 12 de enero de 2015 entre otras).

En definitiva, como han señalado las más recientes SSTS de 840/2013, de 20 de enero de 2014 , del Pleno, cuya doctrina se reitera en la 769/2014, de 12 de enero de 2015 , con cita de otras anteriores, hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

#### **5.2 Los requisitos del error.-**

La existencia del error está condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos que le otorgan eficacia jurídica anulatoria, cuya finalidad no es otra que garantizar la estabilidad de los contratos ("pacta sunt servanda"), al tiempo de dar protección a la contraparte que confió de buena fe en la validez del contrato suscrito (principio de confianza). En definitiva, la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - STS de 15 de febrero de 1977 -.

Dispone el artículo 1266 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 que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Ha de tratarse pues de un error esencial y excusable, de modo tal que, cuando concurren tales requisitos, pueda realizarse una legítima transferencia del error de la persona que lo sufre a la otra parte contratante, provocando su anulabilidad y restitución ordenada de prestaciones.

#### **5.3 El error sustancial o esencial.-**

El error es sustancial cuando "la cosa carezca de algunas condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" ( SSTS 17 de julio de 2006 , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 y 6 de junio de 2013 en recurso 2039/2010 entre otras).

También cabe enfocar tal requisito desde una perspectiva causal, en el sentido de que el error padecido fue decisivo a la hora de comprometerse contractualmente. Y así la STS de 29 de octubre de 2013 , proclama que el error debe "proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de 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", en el mismo sentido SSTS 215/2013, de 8 abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015 .

#### **5.4 La excusabilidad del error: su imputabilidad y apreciación ponderada con el deber precontractual de información.-**

El otro requisito es el de la excusabilidad del error. Pese a que no se menciona expresamente en el mentado art. 1266 del CC , cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los arts. 7 y 1258 del CC .

La inexcusabilidad del error habrá de ser apreciada ponderando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso sometido a consideración judicial. En definitiva, la función de este requisito radica en impedir que el ordenamiento proteja a quien alega un error que le resulta imputable por su falta de diligencia





exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser prioritariamente amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual efectuada.

En este sentido, reiterada jurisprudencia exige que el error sea excusable; es decir, que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega; o dicho de otro modo, que no pueda ser superado mediante el comportamiento civiliter de emplear una diligencia media en atención a las circunstancias de la persona y lugar ( SSTS de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 , 12 de julio de 2002 , 24 enero 2003 , 12 de noviembre de 2004 y más recientemente 4 de octubre de 2012 entre otras).

En la apreciación de tal requisito hoy en día alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva o protectora, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, y posibilitar de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La reciente STS 384/2014, de 7 de julio , proclama que: "Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 ...".

En el contexto expuesto, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable, y, por lo tanto, no imputable a quien lo padeció:

Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte;

Segundo, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento civiliter exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe ( art. 1258 del CC );

O tercero, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error en la otra parte contratante.

En efecto, para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte. En este sentido, la STS de 4 de enero de 1982 , cuya doctrina es seguida por la de 22 de mayo de 2006 , señala "valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258) pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar"; por eso la STS de 14 de febrero de 1994 exige tener en cuenta "la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta".

La STS de 26 de septiembre de 1996 aprecia el error inducido por la conducta del otro contratante "que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos".

En otras ocasiones, también, se reputó excusable el error cuando quien lo padece no es un profesional experto ( SSTS de 4 de enero de 1982 , 14 y 18 de febrero de 1994 , 1 de julio de 1995 entre otras).

En este sentido, la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , precisa que la diligencia exigible para valorar la excusabilidad del error se aprecia "teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa".

Por su parte, la STS de 29 de octubre de 2013 , admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba.

##### **5.5. La valoración del Tribunal sobre la cuestionada concurrencia del error y la conclusión sobre su existencia.-**

Pues bien, en el presente caso, deviene indiscutible el deber contractual de información veraz tipificada que recaía sobre la entidad demandada, baste para ello con la constatación de la indiscutible importancia del folleto de emisión de las acciones en la OPS, citando lo normado en el art. 16.1 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores,



en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, actualmente redactado por el número siete del artículo primero del R.D. 1698/2012, 21 diciembre, por el que se modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE, - pero cuya dicción, en lo que ahora interesa, es la misma existente a la fecha de suscripción de las acciones litigiosas- "el folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores cuenten con datos suficientes para poder hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará en forma fácilmente analizable y comprensible".

Por su parte, el art. 30 Bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su redacción vigente a la fecha de suscripción, incide en la importancia del folleto, al normar 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"; sin que quepa realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo (apartado 2 de dicho precepto).

Pues bien, si la expresada situación económica de la entidad emisora no es real, dando una apariencia de solvencia de la que carecía, hallándose los demandantes -simples **consumidores** sin especial cualificación- en situación de imposibilidad real de obtener, al margen de la información facilitada por la entidad recurrente, datos relevantes sobre la situación patrimonial de la emisora, siendo el folleto documento condicionante o causal de la prestación del consentimiento contractual; pues difícilmente se adquirirían unas acciones o se recomendaría una inversión mediante la participación en la OPS, si la situación de la demandada fuera la expresada en las cuentas reformuladas y petición de ayuda pública, que consideramos de muy difícil génesis en tan solo los seis meses que abarcan desde la salida en bolsa y el cierre contable a 31 de diciembre de 2011, remitiéndonos a lo anteriormente razonado.

Nos hallamos pues ante un error, sustancial o causal y además excusable, propiciado por infracción del deber de información.

En definitiva, no podemos confundir las contingencias propias derivadas de la trayectoria de una empresa en el tráfico mercantil, que cotiza en Bolsa, y la pérdida del valor de sus acciones, concorde con su capacidad para generar ingresos, que constituye un riesgo típico, notoriamente conocido y aceptado, por cualquier accionista inversor, con un escenario, manifiestamente divergente, en el que la adquisición de acciones se vio condicionada por una información inexacta, en el folleto de suscripción, con respecto una entidad financiera, como la demandada, que iniciaba su cotización en bolsa, generando confusión y frustración de expectativas en los participantes en la OPS emitida a tales efectos.

Concurren pues los requisitos condicionantes de la existencia del error cuestionado.

La decisión adoptada en esta sentencia es además común con otras decisiones de la denominada jurisprudencia menor, que igualmente han decretado la anulabilidad de tales órdenes de suscripción de acciones en casos iguales a los que conforman el objeto de este proceso, sirviendo como mera muestra de apoyo, entre las más recientes, SSAAPP, de Ávila, sección 1, del 20 de noviembre de 2015; Asturias, sección 5, del 20 de noviembre de 2015; Burgos, sección 3, del 20 de noviembre de 2015; León, sección 2, del 19 de noviembre de 2015 y sección 1ª del 12 de noviembre de 2015; Madrid, sección 18, del 10 y 17 de noviembre de 2015; Albacete, sección 1, del 10 de noviembre de 2015; Segovia, sección 1, del 09 de noviembre de 2015; Logroño, sección 1, del 09 de noviembre de 2015; Cádiz, sección 6, con sede en Ceuta, del 04 de noviembre de 2015; Cáceres, sección 1, del 04 de noviembre de 2015; Zamora, sección 1, del 30 de octubre de 2015; Zaragoza, sección 5, del 30 de octubre de 2015; A Coruña, sección 3, del 26 de octubre de 2015, habiendo tenido ya esta sección oportunidad de manifestarse en este sentido en sentencia de 30 de diciembre de 2015 y 3 de febrero de 2016 entre otras.

#### **5.6 Las sentencias del Tribunal Supremo 23/2016, y 24/2016 de 3 de febrero.-**

En dichas sentencias de nuestro más Alto Tribunal abordando tal cuestión se razonó sobre la concurrencia del error, en un caso igual al presente de comercialización de las acciones de BANKIA, y así en la primera de las resoluciones dictadas se indicó que:

"Como quiera que se trataba de la salida a bolsa de una entidad que hasta ese momento no cotizaba, sus acciones no tenían un "historial" previo de cotización en un mercado secundario oficial, por lo que el folleto era el único cauce informativo de que disponía el pequeño inversor. Si en el proceso de admisión a cotización



de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones. Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial.

Y si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia, es claro que la Audiencia anuda dicho déficit informativo a la prestación errónea del consentimiento, en los términos expuestos, sin necesidad de que utilicen expresamente los vocablos nexo causal u otros similares. Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco (que provenía de la transformación de una caja de ahorros en la que tenían sus ahorros), se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tiene que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia; de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento. Y eso lo explica perfectamente la Audiencia en su sentencia, tal y como hemos resumido en el apartado 4.vi del fundamento jurídico primero; estableciendo los siguientes hitos de los que se desprende nítidamente la relación de causalidad: 1º) El folleto publicitó una situación de solvencia y de existencia de beneficios que resultaron no ser reales; 2º) Tales datos económicos eran esenciales para que el inversor pudiera adoptar su decisión, y la representación que se hace de los mismos es que va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios; cuando realmente, estaba suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias. 3º) El objetivo de la inversión era la obtención de rendimiento (dividendos), por lo que la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resultó determinante en la captación y prestación del consentimiento. 4º) La excusabilidad del error resulta patente, en cuanto que la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el pequeño inversor.

En consecuencia, el nexo de causalidad era evidente, a la vista de lo que la sentencia razona, puesto que justamente el folleto se publica para que los potenciales inversores tomen su decisión, incluso aunque no lo hayan leído, puesto que el folleto permite una "diseminación" de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir. En la demanda se afirmaba que los demandantes realizaron la inversión confiados en "que la entidad Bankia era una empresa solvente que iba a repartir beneficios", por lo que resulta obvio que si hubieran sabido que el valor real de unas acciones que estaban comprando a 3'75 euros era, apenas un 1% del precio desembolsado, no habrían comprado en ningún caso. Máxime, al tratarse de pequeños ahorradores que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de grandes inversores, o los denominados inversores institucionales, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

3.- Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC, sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: "Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias".

En el mismo sentido se expresa la STS 24/2016, de 3 de febrero.

**SEXTO:** La desestimación del recurso de apelación interpuesto conduce a la imposición de las costas de la alzada a la parte apelante ( arts. 394 y 398 LEC ).

## FALLO





Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debo confirmar y confirmo la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 11 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de ambas instancias a la parte demandada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Esta resolución es firme en Derecho y contra ella no cabe recurso alguno.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ