



Roj: **SAP BU 185/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:185**

Id Cendoj: **09059370032016100077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **04/03/2016**

Nº de Recurso: **425/2015**

Nº de Resolución: **108/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL MARIN IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00108/2016**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : 001370

N.I.G.: 09059 42 1 2015 0005122

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000425 /2015**

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.1 de BURGOS

Procedimiento de origen : JUICIO VERBAL 0000457 /2015

RECURRENTE: BANKIA SA

Procuradora: MARIA JOSE MARTINEZ AMIGO

Abogado: HIPOLITO FERNANDEZ RUIZ

RECURRIDO: Carlos Daniel , Carina

Procuradora: ELENA CANO MARTINEZ

Abogado: JOSE ANGEL SAIZ RUBIO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, constituida unipersonalmente por el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FRANCISCO MARÍN IBAÑEZ**, ha dictado la siguiente.

**SENTENCIA Nº 108.**

En Burgos, a cuatro de marzo de dos mil dieciséis.

**VISTOS**, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 425 de 2.015, dimanante del juicio verbal nº 457/15, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, sobre acción de nulidad de compra de acciones, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2.015, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandantes-apelados, D. Carlos Daniel y Dª Carina, representados por la Procuradora Dª Elena Cano Martínez y defendidos por el Letrado D. José



Ángel Sáiz Rubio; y, como demandada-apelante, la mercantil "BANKIA, S.A.", representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María José Martínez Amigo y defendida por el Letrado D. Hipólito Fernández Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente Fallo: "Estimar la demanda formulada por la representación procesal de DON Carlos Daniel y DOÑA Carina contra "BANKIA, SA" y, en su consecuencia, anular por causas de error que vicia el consentimiento prestado por el actor el contrato de compraventa de 1.600 acciones de la entidad demandada con efectos de 19/07/2011 por un importe nominal de 6.000 euros, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a reintegrar al actor la citada cantidad, con más las comisiones cobradas, y el interés legal devengado por dichas cantidades desde la fecha de su abono hasta la de esta sentencia, a partir de cual se devengará el interés legal incrementado en dos puntos y hasta su completo pago, y ello previa devolución por el actor a la demandada de las acciones de "Bankia, SA" de las que sea tenedor y, en su caso, el reintegro de las cantidades cobradas en concepto de dividendo o remuneración de las acciones; todo ello, con expresa imposición de las costas del juicio a la parte demandada".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la demandada "Bankia, S.A." se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para el examen de actuaciones el día 1 de marzo pasado, en que tuvo lugar.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En el Juicio Verbal nº 457/15 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de Burgos se dictó sentencia el 28 de Septiembre de 2.015 por la que se estimaba la demanda interpuesta por Dña. Carina y D. Carlos Daniel contra la entidad bancaria Bankia SA., declarando la nulidad del contrato de adquisición de 1.600 acciones suscrito el 19 de Julio de 2.011, por importe de 6.000,- euros, ordenando la restitución recíproca de prestaciones y condenando a la parte demandada a la devolución del principal abonado más las comisiones cobradas y los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción hasta la sentencia y a partir de ella el interés legal incrementado en dos puntos hasta su completo pago, previa devolución por los demandantes las acciones de las que sea tenedor y, en su caso, el reintegro de las cantidades cobradas en concepto de dividendo o remuneración de las acciones.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por parte de la entidad Bankia SA. fundamentado en: 1.- Indebido rechazo de la excepción de prejudicialidad penal; 2.- Oposición a que se pretenda tener por hecho notorio que las cuentas que sirvieron de base a la OPS. no se ajustaban a la realidad contable y normativa en ese momento; 3.- Falta de prueba de la concurrencia de error en los adquirentes de las acciones; 4.- Improcedencia de la acción de responsabilidad por daños y perjuicios, y, en su caso, moderación de la cuantía indemnizatoria.

**Segundo.-** Por la parte apelante se plantea la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal.

El artículo 40.4º de la LEC . establece que "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".

Mientras que el artículo 40.2 del mismo texto legal nos dice que en el caso de que en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, "no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando 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".



Esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos ha tenido la oportunidad de resolver, en otras ocasiones y en procedimientos idénticos al presente, sobre la alegación ahora planteada. Así, a título de ejemplo, en la reciente sentencia nº. 350/15 de 11 de Noviembre, indicábamos que "por la parte apelante se plantea la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal. Aunque se formula con carácter subsidiario, por razones de lógica jurídica, debe analizarse y resolverse preferentemente, pues de proceder, por existir causa legal para ello, la pretensión actora debería quedar imprejuizada. La Juez de Instancia desestimó esta solicitud en el acto del juicio, conforme se expresa en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, folio 703. Este Tribunal, constituido unipersonalmente, se ha pronunciado sobre esta cuestión, desestimándola, en sentencias nº. 70/15 de 11 de Marzo; nº. 105/15 de 15 de Abril; y nº. 304/15 de 14 de Octubre. Como se argumenta en esta última, "El artículo 40.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supedita la suspensión del procedimiento a que la posible falsedad del documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto. Y esto, no se aprecia en el presente caso. En palabras de la Exposición de Motivos de la LEC/2000, que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los "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", o que la falsedad del documento pueda ser determinante del sentido del fallo. Así pues, no basta cualquier conexión, sino que ha de ser decisiva, determinante del sentido de la resolución civil. Y para ello, ha de tenerse en cuenta las pretensiones ejercitadas y la causa de pedir –hechos fundamentadores de las mismas, consentimiento contractual viciado por error–. Como ha expresado este Tribunal, "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. 3 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 artículo 1.257 del CCivil–, 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". En síntesis, la concurrencia de dolo o culpa civil no depende de una previa existencia o declaración de un dolo penal específico, constitutivo de un hecho delictivo. Asimismo, lo determinante en el procedimiento civil es la prueba de un consentimiento viciado por error, de un conocimiento equivocado, al margen de que sea causado por un hecho delictivo, no de necesaria concurrencia ni de una previa declaración de responsabilidad penal, porque es suficiente la apreciación jurídico-civil de la información suministrada por la entidad bancaria y recibida por el cliente, como la no ofrecida y fuera adecuada para la prestación de un consentimiento negocial válido y eficaz, en este propio ámbito".

Dichos pronunciamientos son ahora directamente aplicables, máxime cuando recientemente han sido emitidas por el Tribunal Supremo sus sentencias nº. 23 (Ponente: Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) y nº. 24 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), ambas de 3 de Febrero de 2.016 y referidas las dos al tema de adquisición de acciones de la entidad bancaria Bankia SA.

La sentencia nº. 24/16 de 3 de Febrero reseñada establece con respecto a la prejudicialidad penal ahora también invocada que "1.- Esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre el tratamiento que ha de darse a la prejudicialidad penal en el proceso civil. En la sentencia 596/2007, de 30 de mayo, la sala declaró, aplicando la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil pero en términos que, en lo que aquí interesa, siguen siendo



válidos con la actual regulación, que « [...] cuando se pretende obtener la suspensión [por prejudicialidad penal], para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil (A. 24 Nov. 1998), pues sólo obliga a suspender la "exclusividad" expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil (S. 10 Mayo 1985)».

2.- La prejudicialidad penal viene determinada por los hechos objeto del proceso, no por su valoración. La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de Septiembre, declaró:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE .), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE .), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC. 60/2008 de 26 de Mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC. 109/2008 de 22 de Septiembre, F. 3)».

Los tribunales civiles deben partir de los hechos declarados probados por las resoluciones firmes dictadas por tribunales de la jurisdicción penal, y, en especial, no pueden basar su decisión en la existencia de unos hechos que una sentencia penal haya declarado inexistentes. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de los criterios de valoración propios de una y otra jurisdicción y de los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, o, más exactamente, el ejercicio privado de los derechos y el ejercicio del ius puniendi.

3.- Los hechos fundamentales en que se basa la demanda que ha dado origen a este proceso (resumidamente, contenido del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia, salida a bolsa y precio de las acciones, formulación de las primeras cuentas anuales de 2011, reformulación de dichas cuentas pocos días después de que las primeras fueran comunicadas a la CNMV, y sustancial diferencia de contenido entre unas y otras, intervención pública de Bankia y rescate, pérdida casi total del valor de las acciones, etc.) no son cuestionados por la demandada. Lo que Bankia niega es que existiera error, inexactitud o falsedad en la información que se incluyó en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones.

Pero en este proceso civil no se discute si los administradores de Bankia incurrieron en una conducta delictiva de falseamiento de los datos incluidos en el folleto, sino si estos datos, por su inexactitud, provocaron el error vicio de los demandantes.

Una vez que esos hechos fundamentales en que se basa la demanda han sido aceptados por las partes y que la falsedad a que se hace referencia, como objeto del proceso penal, no es de naturaleza material sino ideológica, la decisión del tribunal penal acerca de los hechos investigados no tendrá influencia decisiva en la resolución del proceso civil que se siga por error en el consentimiento prestado para suscribir las acciones de Bankia como consecuencia de la información contenida en el folleto de la oferta pública, pues la valoración relativa a la corrección de los datos contables contenidos en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones y la relativa al cumplimiento de las exigencias de la normativa sobre el mercado de valores constituirían unas valoraciones no tanto fácticas, relativas a la prueba de los hechos, como sobre todo jurídicas, pues debe valorarse si la aplicación de las normas contables en la elaboración de los estados contables utilizados en la confección del folleto fue adecuada y si la conducta de Bankia se ajustó a las exigencias de la normativa del mercado de valores.

Esto es, aunque la decisión del tribunal penal fuera absolutoria, ello no determinaría la desestimación de las pretensiones formuladas en este proceso civil, pues no relevaría al tribunal civil de aplicar, conforme a los criterios y principios que rigen el enjuiciamiento de las cuestiones civiles, las normas contables y las del mercado de valores.

Esas valoraciones responden a parámetros diferentes en el proceso penal y en el civil. En cuanto a la valoración probatoria, porque en el proceso penal se exige un estándar de prueba más alto que en el proceso civil, al ser necesaria en aquel una prueba de cargo, esto es, más allá de cualquier duda razonable, y tal estándar de prueba no es exigible en el proceso civil. De tal modo que si en el proceso penal no se considerara acreditada la falsedad de los documentos contables, en el plano fáctico tal decisión no supondría tanto una declaración de inexistencia de hechos (ya hemos dicho que no existe controversia sobre los hechos fundamentales), vinculante en el proceso civil, como una afirmación de que no se había alcanzado el estándar de prueba exigible en el proceso penal.



En cuanto a la valoración jurídica, y en concreto a la valoración de la aplicación de la normativa contable y del mercado de valores, porque los principios que inspiran el proceso penal suponen unas exigencias inaplicables al proceso civil en que se ejercitan derechos privados. Esto puede implicar que en el proceso civil se llegue a una valoración jurídica sobre la correcta o incorrecta aplicación de las normas contables (valoración de activos, dotación de provisiones, etc.) y de las que regulan el mercado de valores que no tiene por qué ser la adoptada en el proceso penal. En el proceso penal no es relevante cualquier inexactitud de los datos contables ni cualquier aplicación controvertida de la normativa contable y del mercado de valores, solo lo es aquella inexactitud y aquellos incumplimientos que permitan calificar de delictiva la actuación de los administradores imputados y fundar una sentencia penal condenatoria.

4.- El artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Por las razones que se han expuesto, aunque el tribunal penal no considerara probado que los estados contables no reflejaban la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de Bankia, o entendiera que no lo hacían con la intensidad suficiente como para integrar una conducta delictiva, tal hecho no tendría una influencia decisiva en la resolución del litigio civil por las razones que se han expuesto en relación al estándar de prueba exigible en el proceso penal y en el proceso civil, respectivamente, dada la falta de controversia sobre los hechos expuestos por la Audiencia Provincial a que se ha hecho referencia.

Y no se produciría propiamente una contradicción entre sentencias, incompatible con el art. 24 de la Constitución de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, por cuanto que la sentencia de la jurisdicción civil no estaría afirmando hechos que la sentencia penal pueda negar, sino que estaría realizando una valoración de determinadas cuestiones contables y financieras conforme a los principios inspiradores del proceso civil, que no exige la existencia de una prueba de cargo, en el aspecto fáctico, ni la aplicación de los criterios valorativos propios del proceso penal, en el aspecto jurídico. Cada orden jurisdiccional tiene una independencia valorativa, acorde con su función y con las características de las pretensiones que ante cada uno de ellos se ejercitan, que justifica que unos mismos hechos puedan ser valorados desde perspectivas diferentes sin por ello vulnerar los arts. 9.3 y 24 de la Constitución .

5.- Por otra parte, el régimen de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto previsto en el art. 28 de la Ley del Mercado de Valores (actual art. 38 del texto refundido) como sistema de protección reforzada al inversor pero con un plazo de prescripción relativamente breve, sería ineficiente si ante cualquier reclamación de esta naturaleza hubiera de esperarse a la finalización por sentencia firme de la causa penal que pudiera seguirse contra los administradores sociales por falsedad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad.

Que la acción respecto de la que se plantean los recursos sea en este caso la de nulidad por error vicio y no la de responsabilidad por folleto no obsta a que el régimen de esta pueda servir para entender el alcance que debe darse a la prejudicialidad penal respecto de las acciones que se ejerciten por las inexactitudes contenidas en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones.

6.- Dado el fundamento constitucional de la institución de la prejudicialidad penal (evitar la existencia de resoluciones contradictorias que vulnere el art. 24 de la Constitución ), hay que tomar en consideración que también los demandantes tienen derecho a una tutela judicial efectiva que excluye la existencia de dilaciones indebidas, y que procesos penales como el que se sigue contra los administradores de Bankia han de tener inevitablemente una duración considerable por la complejidad de las cuestiones que en ellos se enjuician. Por tanto, debe realizarse una aplicación de la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal equilibrada, que responda a las exigencias de dicha institución pero que no vulnere injustificadamente el derecho de los accionistas a un proceso sin dilaciones indebidas".

Dichos pronunciamientos son aplicables al presente caso, en el que la sentencia dictada en primera instancia recoge la nulidad de la adquisición de acciones por existencia en el adquirente de error esencial y excusable en el consentimiento sobre la solvencia de la entidad bancaria, provocado por ésta, y sin que ninguna incidencia en la concurrencia del mencionado error tenga una eventual comisión de delito de falsedad o de cualquier otra naturaleza por directivos de Bankia SA., delito que de haberse cometido no condicionaría el ejercicio por los adquirentes de las acciones, Dña. Agueda y D. Julio , de sus acciones civiles en el presente procedimiento. El error alegado tiene su fundamento o causa en la ausencia o insuficiencia de la información suministrada al demandante por Bankia SA y no en la existencia de posibles responsabilidades penales de los directivos de la entidad bancaria a dilucidar en el procedimiento penal correspondiente y en el que, por otro lado, no es parte el ahora demandante en vía civil.





Por todo lo indicado procede la desestimación del motivo de prejudicialidad penal alegado por la parte apelante como fundamento de su recurso ahora objeto de examen.

**Tercero.-** La parte apelante sostiene como argumento impugnatorio que se ha valorado de forma incorrecta los medios de prueba aportados en el procedimiento y se ha realizado una indebida e injustificada aplicación de la doctrina de hechos notorios.

También esta cuestión ha sido objeto de examen por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial en casos idénticos al ahora presentado a resolución. Así en la sentencia nº. 350/15 de 11 de Noviembre (Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Juan Sancho Fraile) se recogía que "SEGUNDO.- Se alega por la parte apelante la imposibilidad de aplicar en este procedimiento la doctrina del hecho notorio. Aunque el motivo de impugnación se encabeza sobre la base del hecho notorio --ex artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los que gocen de notoriedad absoluta y general, que no necesitan prueba--, en realidad se está impugnando los hechos inferidos presuntivamente por la Juez de Instancia y el proceso deductivo, ex artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual es distinto al hecho notorio. Alude al Expositivo Cuarto y Quinto de la sentencia. En realidad, se trata del Fundamento de Derecho Cuarto, folios 705 a 708. En ese fundamento de Derecho se remite, básicamente, a las Sentencias de 11 de Marzo y 15 de Abril de 2.015, ya mencionadas, en las que se trata del acervo probatorio apreciado, con inclusión de las presunciones judiciales, ex artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a determinados hechos-- base acreditados, a cuya fundamentación transcrita me remito; considerándose la inferencia del hecho, --consecuencia como lógica y coherente con aquéllos-- publicidad de un folleto que no describía ni se correspondía con la situación financiera real de la Sociedad (aparte de otra prueba directa). La sentencia recurrida alude a diversos informes periciales, incluido el de la demanda, como el de los Peritos del Banco de España, otro informe pericial económico, documento 12 de la demanda, y la Auditoría Deloitte, documento nº 9 de la demanda. También el folleto informativo de suscripción. En relación a este último, por su incidencia en el deber de informar, de una manera veraz, suficiente y comprensible sobre la situación financiera y contable de la Sociedad en el momento de la oferta pública de suscripción de acciones, cabe subrayar que a la vista y lectura del folleto de la OPS, un cliente medio, difícilmente, puede comprender los riesgos reales que corre con la adquisición de las acciones concretas 4 ofrecidas. La información de los riesgos es críptica y no comprensible para una persona no experta; de una manera técnica y poco comprensible para personas legas. Esto no es una presunción, sino una apreciación directa de un documento -y el inversor ha de basar su decisión en el Folleto en su conjunto, como se hace constar expresamente en el Resumen (II)-. Se describen quince factores de riesgos específicos del emisor o de su sector de actividad, admitiéndose en algún caso su complejidad y la información insuficiente; y dieciocho riesgos relativos a los valores ofertados. Una información comprensible no se agota en el Folleto mencionado, más bien, produce la situación contraria. Este deber informativo y de comprensibilidad real se intensifica cuando se introduce en el Folleto información financiera consolidada "pro forma" sobre el Grupo Bankia "a efectos ilustrativos"; "los datos financieros pro forma tratan de una situación hipotética y pueden no ser suficientemente representativos de la posición financiera o los resultados reales del Grupo Bankia". La Cuenta de Resultados figurada en el Folleto da al Grupo un B.N.C. de 64 millones de euros y Beneficio atribuido del Grupo Consolidado de 35 millones de euros. Por un lado, el Folleto ofrecía una información técnica-financiera incomprensible, en términos reales, para un cliente medio, normal, no experto en materia financiera. Pero, por otro, se obtenía un dato concreto de solvencia financiera del Grupo Bankia, que es con lo que, este cliente, podía quedarse finalmente. Esto, unido, al hecho de la publicidad que resaltaba el carácter solvente y sólido de la entidad y lo atractivo de la inversión por la expectativa que la entidad emisora generase beneficios (consolidados en el Folleto). Todo esto, es una apreciación directa, no presuntiva; ajena a la apreciación y valoración de hechos notorios.

Tercero.- La parte apelante alega error en la valoración de la prueba, respecto que no se ha acreditado que Bankia falseara sus datos contables. También se alega que Bankia no ha estado nunca en situación de quiebra técnica o concurso de acreedores. No se aprecia que la Juez de Instancia haya incurrido en el error alegado. Al inicio de la argumentación, folio 704, de la sentencia recurrida -Fundamento de Derecho Tercero- ya se dice que no corresponde a la Juzgadora hacer un estudio exhaustivo de la situación de la entidad financiera... sino determinar si la información proporcionada a los compradores resultó correcta a la hora de formar su consentimiento". Para ello, se remite a la argumentación que transcribe de las sentencias que cita; puntualizando finalmente "que ninguna prueba se ha propuesto sobre información adicional ofrecida por personal de la entidad financiera". Esta es la "ratio decidendi", no la eventual falsedad de los datos contables ni la situación efectiva de quiebra o concursal. Coincide con la línea argumental que ha declarado este Tribunal en otras sentencia que al "objeto de este procedimiento, no interesa si se falseó o no, maliciosa o intencionadamente, sus datos contables, sino la realidad de los mismos y la imagen financiera que resultaba de ellos, y como, tal cosa, incidió en la formación de la voluntad contractual y la prestación del consentimiento en el momento de adquirir las acciones ofrecidas por la entidad bancaria, lo que se conecta con la alegación impugnatoria siguiente".



Con respecto a la cuestión alegada por el recurrente, desde la perspectiva de valoración de hecho notorios, debemos indicar que la sentencia nº. 24/16 de 3 de Febrero del Tribunal Supremo antes señalada nos dice que "1.- La recurrente distorsiona el contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que esta no afirma que sea notorio que la situación financiera de Bankia no se correspondiera con la real cuando salió a bolsa y que el folleto de la oferta pública de suscripción adoleciera de falta de veracidad en su contenido. Lo que afirma la Audiencia es que «resulta prueba bastante acreditativa» de tal extremo.

2.- Por otra parte, el recurso a los "hechos notorios" no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia.

Es de plena aplicación la doctrina contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de Mayo , en la que afirmamos:

"153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica "notoria non eget probatione" [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTs. 95/2009 de 2 de Marzo ; 114/2009 de 9 de Marzo ; y 706/2010 de 18 de Noviembre , dispone en el artículo 281.4 LEC que "no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

"154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor. La STS 57/1998 de 4 de Febrero , afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "...han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

"155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho –límite temporal–, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los **consumidores** que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan –ámbito de la difusión del conocimiento– en la que se desarrolla el litigio –límite espacial–, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS. 62/2009 de 11 de Febrero , quedan exentos de prueba".

3.- Por otra parte, la impugnación que Bankia formula en su recurso respecto de la valoración que la sentencia recurrida hace de la prueba, en concreto del informe de los técnicos del Banco de España, no solo es una cuestión ajena a la infracción legal denunciada, relativa a la aplicación de la institución de los "hechos notorios" en el proceso civil, sino que confirma que la conclusión de la sentencia recurrida sobre la existencia de graves inexactitudes en el folleto de la oferta pública no se alcanza por considerarla "notoria", sino como resultado de la valoración de las pruebas practicadas".

(...) Como acertadamente pone de relieve la parte recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial no acude a las presunciones judiciales para llegar a la conclusión de la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente se encontraba Bankia cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se reflejaba en el folleto que a tal efecto emitió. Lo que hace la Audiencia Provincial es tomar en consideración una serie de hechos (la inspección del Banco de España llevada a cabo en diciembre de 2010, la sanción impuesta a la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, la intervención del Banco de Valencia en noviembre de 2011, el informe de la Autoridad Bancaria Europea que fijaba en 1.329 millones de euros las necesidades de capitalización de Bankia tan solo tres meses y medio después de culminada la oferta pública de suscripción de acciones, y la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 que fueron presentadas a la CNMV en mayo de 2012 en las que se recogían unos beneficios de más de trescientos millones de euros, frente a las pérdidas de unos tres mil millones de euros que resultaron de la formulación de dichas cuentas tan solo veinte días después), valorarlos y sacar las conclusiones que considera adecuadas.

2.- Asimismo, la Audiencia Provincial ha valorado determinadas pruebas, como son los informes de los peritos judiciales, técnicos del Banco de España, designados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 en el proceso penal que se sigue contra los directivos de Bankia. Es por ello que, en el desarrollo del motivo, Bankia ha criticado severamente la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. Pero esto no hace sino confirmar que la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial (que los datos que contenía el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenían graves inexactitudes pues no recogían la verdadera situación patrimonial y financiera de Bankia, ni los beneficios realmente obtenidos) no lo ha sido mediante una presunción judicial, sino por la valoración de la prueba practicada y por la consideración conjunta de los datos fijados en el proceso.



3.- Sobre esta cuestión, declara la sentencia de esta Sala 647/2014, de 26 de Noviembre :

«Por otra parte, como recuerda la Sentencia 586/2013, de 8 de octubre , con cita de otras anteriores, "las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica ( sentencias 836/2005, de 10 de Noviembre , y 215/2013 bis, de 8 de Abril)". Al igual que en el caso resuelto por la citada sentencia 586/2013, de 8 de Octubre , en el presente, ni la parte propuso la aplicación de presunción alguna ni el tribunal hizo otra cosa que obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a las pruebas practicadas y realizar las valoraciones jurídicas que ha considerado oportunas en relación a tales hechos. Por ello, no se ha aplicado el art. 386.1 LEC , ni por tanto puede haber sido infringido».

Se trata de una doctrina jurisprudencial plenamente aplicable a este recurso, pues la Audiencia Provincial no realiza invocación alguna al art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que regula las presunciones judiciales, ni hace uso de estas, sino que ha valorado una serie de hechos y de datos económicos, la mayoría de ellos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, así como determinadas pruebas, como son los informes obrantes en el proceso penal, para alcanzar la conclusión sobre la inexactitud del folleto".

En el presente caso es directamente aplicable la doctrina expuesta, limitándose el Juzgador a señalar en su sentencia unos hechos objetivos, conocidos públicamente por su repercusión social y que acreditan el falseamiento de la situación económica y patrimonial de Bankia SA. que en el folleto de oferta de adquisición de acciones se recoge y así nos dice en su sentencia (fundamento de derecho IV) que "en Mayo de 2012, es decir sólo diez meses después de la salida a bolsa mediante la oferta pública de suscripción de acciones –y aquí resaltamos el breve plazo transcurrido– tienen lugar dos sucesos importantes que están correlacionados, el primero es que después de haber anunciado unas cuentas anuales para el año 2011 con una beneficios de 309 millones de euros, la empresa auditora de "Bankia. SA." –"Deloitte"– se niega a respaldar tales cuentas por no ajustarse a la realidad financiera y contable de la sociedad auditada, y la obliga a presentar unas nuevas cuentas auditadas con una pérdidas de 2.790 millones de euros (...) son hechos de los que a los que de forma lógica cabe inferir que cuando se produce la oferta pública de suscripción de acciones en julio de 2011 "Bankia" ya atravesaba por graves dificultades económicas, no siendo su situación la que presentaba el folleto de la suscripción, pues de lo contrario no se entiende ni explican los hechos acontecidos nada menos que diez meses después y que motivaron su intervención (...) Por lo arriba expuesto, y en los términos del artículo 386 de la LEC , no cabe sino concluirse a modo de inferencia lógica y racional, que la intervención de "Bankia, SA" en mayo de 2012 unida a las cuentas anuales auditadas correspondientes a 2011 presentadas en dicho mes, solamente diez meses después de la oferta pública de suscripción de acciones de julio de 2011, unido al hecho que la entidad demandada no haya ofrecido explicaciones convincentes sobre los motivos que la llevaron a la intervención, imputando la misma a hechos posteriores a la oferta pública de suscripción de acciones y que eran imprevisibles cuando la misma se efectuó, y por ello presumirse que cuando se efectuó tal oferta de suscripción de acciones la entidad emisora ya atravesaba graves dificultades económicas que fueron ocultadas en la información que la entidad se proporcionó en el folleto de la suscripción".

Es pública y notoriamente conocida la repercusión social (innumerables reclamaciones de clientes), mediática (prensa, radio y televisión han difundido multitud de noticias) y política (al encontrarse implicadas distintas cajas de ahorros) que han tenido los acontecimientos relacionados con la mercantil demandada, Bankia, desde la salida a bolsa de las acciones hasta la actualidad, dando lugar a reclamaciones masivas de clientes ante los tribunales (preferentes y subordinadas) y a la existencia de procedimiento penal ante el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional.

Notorio es, por los hechos acaecidos después de su salida en bolsa, y por ello innecesario de acreditación por prueba concreta que la situación de solvencia de la entidad bancaria que en los folletos informativos de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones se recogía no se correspondía con su realidad contable. El día 4 de Mayo de 2.012, Bankia remite a la CNVM. las "cuentas anuales individuales" correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de Diciembre de 2.011 y las "cuentas anuales consolidadas" de dicho ejercicio, sin auditar, recogiendo un beneficio de casi 305,- millones de euros o bien un beneficio de 309,- millones de euros al considerar que las cuentas "pro forma" contemplan diversos ajustes realizados en el perímetro de negocio final. El día 25 de Mayo de 2.012, Bankia comunica a CNMV. a aprobación de nuevas cuentas anuales del ejercicio 2.011, esta vez debidamente auditadas, que reflejan pérdidas de 2.979,- millones de euros, frente a los 309,- millones de euros de beneficio antes declarados.





Por la parte demandante, además, se aporta prueba documental acreditativa de la notoriedad de la falsedad de la situación patrimonial mantenida por Bankia SA. antes y después de su salida en bolsa.

Por todo lo indicado debemos concluir que en el presente caso no se produce la vulneración probatoria alegada por la parte recurrente en apelación, pues además de ser notoria la situación de la entidad Bankia por la repercusión que la misma ha tenido en los medios de comunicación, la parte demandante aporta con su inicial demanda amplia prueba documental, no impugnada por la parte demandada y ahora apelante, (folios 61 y siguientes).

Por todo lo indicado y no existiendo la vulneración de los preceptos legales invocados por la parte apelante, procede desestimar el motivo de impugnación esgrimido y ahora objeto de examen.

**Cuarto.-** La parte apelante esgrime como fundamento de su recurso la inexistencia de error en Dña. Carina y D. Carlos Daniel en la adquisición de 1.600 acciones mediante contrato de compra suscrito el 19 de Julio de 2.011, por importe de 6.000,- euros, error que les impulsase a adquirir, Así indica en su escrito impugnatorio que "la existencia en el caso de autos del componente de aleatoriedad a que nos venimos refiriendo, propio de las inversiones en valores mobiliarios, nos permite rechazar la existencia de nulidad por vicio del consentimiento al faltar el componente subjetivo del error (...) en el presente caso, el supuesto error ni ha quedado probado, ni sería excusable, porque para que lo fuera debería fundarse en una serie de causas que han quedado descartadas. A saber: a) que la actora no fue correctamente informada sobre los riesgos del producto; y b) que se contrató con base a unos datos económico-financieros que no reflejaban la imagen fiel del emisor de las acciones. Ya hemos dicho que el producto está al alcance de **consumidores** y minoristas pensado y que el cliente tiene capacidad y conocimientos suficientes para comprender sus características y riesgos. También hemos dicho que se proporcionó al cliente una copiosa información precontractual y que las cuentas de Bankia eran adecuadas a la situación normativa y contable del momento de su publicación". Concluye diciendo que "en consecuencia, si la parte actora incurrió en error, la responsabilidad es suya y no del Banco; por lo que el error no puede considerarse excusable, sino todo lo contrario, y no puede comportar la nulidad del contrato".

La sentencia nº. 350/15 de 11 de Noviembre de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos (Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente D. Juan Sancho Fraile, en caso idéntico al ahora examinado, establecía que "Cuarto.- Este motivo de impugnación se funda en la alegación de inexistencia de error. No hay cuestión sobre que el actor sabía que, la compra de acciones, implica la adquisición de un producto financiero especulativo --las acciones experimentan alzas y bajas en el precio cotizado, en virtud de diversidad de circunstancias económicas, a veces, imprevisibles, con beneficios y pérdidas de la sociedad, con eventual pérdida de dividendos o quedar en la insolvencia, incidiendo en el valor de la acción, como representativa de una parte del capital social--. Esta es una realidad asequible al conocimiento de un cliente medio, sin especiales conocimientos financieros. Cuestión distinta es la controvertida en el procedimiento: si la entidad demandada incumplió o no su deber de informar debidamente sobre su situación financiera y contable reales al efectuar la suscripción pública de acciones, mediante la emisión del correspondiente folleto --documento 2 de la demanda, folios 60 y siguientes--. El TJUE., en sentencia de 19 de Diciembre de 2.013, en un supuesto análogo al presente, declara el deber de la empresa emisora de informar de forma veraz, suficiente y comprensible mediante el folleto de la oferta sobre su situación financiera y contable real en el momento previo a la oferta, ajustando el precio de la acción con su valor razonable, conforme a la situación financiera y contable de la empresa, siendo responsable ésta del incumplimiento de ese deber informativo; debiéndose proteger al inversor perjudicado. El artículo 30, bis.1 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción vigente ahora, establece al definir una oferta pública de venta o suscripción de valores como "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". Lo que ahora es una determinación normativa concreta y expresa, con anterioridad era un principio jurídico, también con valor normativo --ex artículo 1.1 y 4 del Código Civil --, que informa y se deriva de la normativa general de las obligaciones y contratos, especialmente de los artículos 1.261, 1.265, 1.266, 1.269, 1.270, 1.274, 1.276, 1.300, 1.303 y concordantes del Código Civil. La información suficiente por parte de la entidad emisora debe ofrecerse al cliente para que forme correctamente su consentimiento en la compra de acciones que ofrece, y de la que dispone, ajustándose a la realidad --lo que, en el presente caso, no se ha cumplido--. Se ha probado que el actor incurrió en error que vició su consentimiento al tiempo de la compra de las acciones litigiosas, 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. Se ha contravenido el tenor de la obligación, que era ofrecer una información real, no con datos equivocados. 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. El demandante compró las acciones de "Bankia" equivocadamente, por error que vició el consentimiento que prestó para su adquisición, para lo que fue determinante la información ofrecida por la entidad financiera y recibida por el actor, incluida en el folleto de suscripción; calificándose el error como excusable, puesto que fue causado por la demandada; de ninguna manera es imputable al actor, que no lo hubieran podido evitar con una diligencia media o normal, ni siquiera empleando una diligencia mayor o más intensa, porque únicamente podía conocer los datos ofrecidos por la parte demandada; es obvio que no tenían medios para conocer la verdadera situación financiera y contable de "Bankia" al margen de la información facilitada por la misma..., y la recibida por otras fuentes o medios que presentaban la operación como un éxito económico sin advertir eventuales riesgos; lo que hace inexigible otra o mayor diligencia al actor. Actuación de la demandada en relación de causalidad con la prestación del consentimiento erróneo de la parte actora, en el conocimiento equivocado sobre un elemento esencial de la compra, como era su objeto, las acciones adquiridas y el valor que realmente representaban.

Quinto.- En cuanto a la inexistencia o no de dolo, es una cuestión que carece de relevancia jurídica, al objeto de este proceso, ex artículo 1.269 del Código Civil, puesto que la razón jurídica en la que se funda esta resolución, como la de instancia, es la concurrencia de error en la prestación del consentimiento contractual. Se trataría, en cualquier caso, de una argumentación "ex abundantia", de la que se puede prescindir --del mismo modo sentencia de este Tribunal de fecha 11 de Marzo de 2.015, Fundamento de Derecho Quinto--.

La cuestión queda resuelta por el Tribunal Supremo en sus sentencias nº. 23 y nº. 24 de 3 de Febrero de 2.016. En la segunda de las citadas nos dice que "1.- La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el art. 1266 del Código Civil, ha declarado que para que el error invalide el consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular.

Esta doctrina jurisprudencial es acorde con lo previsto por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL.), 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».

2.- La sentencia recurrida no utiliza ciertamente la expresión "nexo causal", pero considera que las graves inexactitudes de la información contenida en el folleto de la oferta de suscripción pública de acciones fueron la causa del error sustancial y excusable sufrido por los demandantes.

Lo hace al reproducir resoluciones, propias o de otras Audiencias, que considera resuelven casos análogos al enjuiciado, en las que se afirma el carácter determinante del contenido del folleto para la prestación del consentimiento de los suscriptores de acciones de Bankia y la relación de causalidad entre uno y otro.

Además, en el razonamiento de la sentencia es obvio que si los demandantes no hubieran incurrido en tal error sobre la situación económica de Bankia, no habrían consentido en adquirir las acciones. De la sentencia recurrida se desprende que los adquirentes de las acciones se hicieron una representación equivocada de la situación patrimonial y financiera, y de la capacidad de obtención de beneficios, de Bankia y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión. Tras adquirir las acciones, a los pocos meses, se hizo evidente que los demandantes habían adquirido acciones de una sociedad cuya situación patrimonial y financiera era muy diferente de la que se expresaba en el folleto de la oferta pública, pues presentaba unas pérdidas multimillonarias, hubo de ser intervenida y recibió la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. De ahí proviene el carácter sustancial del error en la suscripción de las acciones.

La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora.



3.- De acuerdo con el art. 30.bis de la Ley del Mercado de Valores, «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».

El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia ( arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre ) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

El art. 27.1 de la Ley del Mercado de Valores prevé:

«El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible».

Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores.

4.- Que lo adquirido por los demandantes hayan sido acciones de una sociedad anónima no resulta obstáculo a la apreciación de la nulidad de la orden de suscripción de acciones por concurrencia de error vicio del consentimiento.

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, consideran que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto ( arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores, actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, y 36 del Real Decreto 1310/2005 ), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirman contra Immofinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.



Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento ( arts. 1300 y 1303 del Código Civil ) cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora)".

En el presente caso nos encontramos con unos **consumidores** minoristas, Dña. Carina y D. Carlos Daniel , que no consta tuvieron conocimientos financieros o realizasen actividades relacionadas con el mundo financiero, a quienes la entidad bancaria les oferta la adquisición de acciones de Bankia SA., plasmando dicha adquisición en un contrato de simple adhesión redactado por Bankia SA. y acompañando previamente al contrato un test de conveniencia que no pasa de ser un impreso habitual elaborado por la entidad bancaria y en el que se recogen unas preguntas genéricas de las que no puede extraerse como conclusión un pleno conocimiento por parte del adquirente del comercio bancario o del contrato de adquisición de acciones que va a firmar.

Lo que impulsa a Dña. Carina y D. Carlos Daniel , a adquirir las acciones es el folleto informativo de oferta pública y la información suministrada en él y por los empleados bancarios sobre la bonanza de la situación económica de Bankia SA., error provocado por dichas vías, pues su condición de pequeño inversor, frente a otros inversores más cualificados, le hace carecer de otros medios para obtener información real sobre los datos económicos que en ese momento, la compra de las 1.600 acciones de Bankia SA., afectan a dicha entidad bancaria.

Si los datos económicos recogidos en el folleto de oferta pública de venta no hubieran contenido las graves inexactitudes con respecto a la situación real de Bankia SA. que luego fueron descubiertas y hubiera recogido la realidad de la entidad, obviamente Dña. Carina y D. Carlos Daniel habrían desistido de su primigenia intención de compra, pues su intención como la de todo pequeño inversor era la de obtener una rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones a adquirir, acciones que no solo no incrementaron su valor sino que pasaron de tener un valor inicial de 3'75,- euros por acción a su total desplome que llega a una amortización obligatoria en el año 2.013 por reducción del nominal o contrasplit que convierte las 1.600 acciones en solo 16 (una acción por cada cien acciones) y con una cotización por acción de 1'20,- euros, lo que hace un total valor actual de 19'20,- euros.

Por todo lo indicado procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Bankia SA. y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos, procediendo la declaración de nulidad de la venta de las 1.600 acciones que los demandantes tienen todavía en su poder, debiendo la entidad Bankia SA. restituirles la cantidad de 6.000,- euros por ellos abonada en fecha 19 de Julio de 2.011, más las comisiones cobradas y el interés legal devengado, en la forma recogida en la sentencia dictada en primera instancia y previa devolución por los demandantes a Bankia SA. de las referidas acciones de las que son tenedores y, en su caso, del reintegro de las cantidades cobradas en concepto de dividendo o remuneración de las acciones. Ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil ("declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes").

No procede entrar al examen del último motivo del recurso cual es la procedencia o improcedencia de la acción de daños y perjuicios, pues los demandantes no han procedido a la venta de sus acciones a terceras personas, por lo que no procede la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil al no acreditarse daños o perjuicios distintos de los antes señalados ("quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas").





**Sexto.-** Desestimándose íntegramente el recurso de apelación interpuesto, procede imponer a la parte apelante las costas procesales devengadas en la presente instancia, por aplicación de lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por Bankia SA. contra la sentencia de 28 de Septiembre de 2.015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos en su Juicio Verbal nº 457/15 y confirmar en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ