



Roj: **SAP LE 221/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:221**

Id Cendoj: **24089370022016100082**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **04/03/2016**

Nº de Recurso: **12/2016**

Nº de Resolución: **85/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00085/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de LEON

N01250

C., EL CID, 20

Tfno.: 987/233159 Fax: 987/232657

MVJ

N.I.G. 24115 41 1 2015 0015445

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000012 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de PONFERRADA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000385 /2015

Recurrente: BANKIA SA

Procurador: RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ

Abogado:

Recurrido: Braulio , Gema

Procurador: MARIA PILAR FERNANDEZ BELLO, MARIA PILAR FERNANDEZ BELLO

Abogado: HERMENEGILDO FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, HERMENEGILDO FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

SENTENCIA N.º. 85/16

ILTMOS/A SRES/A:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

D.ª. M.ª DEL PILAR ROBLES GARCÍA.- Magistrada .

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

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de León, los autos de Procedimiento Ordinario 385 /2015, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Ponferrada, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) 12/2016, en los que aparece como parte apelante "BANKIA, S.A.", representada por el Procurador D. Ricardo de La Santa Márquez y asistida por la Abogada



Dña. María José Cosmea Rodríguez y como parte apelada D. Braulio y Dña. Gema representados por la Procuradora Dña. María Pilar Fernández Bello y asistidos por el Abogado D. Hermenegildo Fernández Domínguez, sobre nulidad de contrato, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.

PRIMERO.-

Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 30 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO: QUEESTIMANDO** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Da. María Pilar Fernández Bello en nombre y representación de DON Braulio y Dña. Gema, contra la parte demandada la entidad BANKIA, S.A., representada por el Procurador D. Ricardo de La Santa Márquez, **DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la orden de compra de acciones** con núm. NUM000 de fecha 19 de julio de 2011, y por tanto que por la demandada Bankia se deberá abonar a la actora la suma de **9.997,50** euros que supuso el coste de la adquisición de todas las acciones, con los intereses desde la fecha 19 de julio de 2011.

De igual modo, la actora deberá abonar a Bankia los rendimientos percibidos por las citadas acciones, por la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, con los correspondientes intereses, todo ello con imposición de las costas a la demandada".

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia, se interpuso por la parte demandada recurso de apelación ante el Juzgado, y dado traslado a la contraparte, por ésta se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación, el pasado día 16 de febrero de 2016.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por D. Braulio y Dña. Gema se formuló demanda de juicio ordinario frente a la entidad mercantil "BANKIA, S.A.", solicitando la nulidad radical o, en su caso, anulabilidad de la Orden de Suscripción de Valores, de fecha 30 de junio de 2011, de compra de 2.666 acciones de Bankia, que tuvo lugar el 19 de julio de 2011, por un importe de 9.997,50 euros, que se fundamentó en el incumplimiento por la entidad demandada de las obligaciones de diligencia, transparencia e información establecidas en los artículos 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, o, en su defecto, en la concurrencia de dolo y error en el consentimiento prestado por los actores, solicitando la condena a devolver los referidos 9.997,50 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de compra de las acciones.

La sentencia dictada en la primera instancia estimó la demanda, en cuanto anuló el contrato al considerar probado que la información proporcionada con ocasión de la salida a Bolsa de Bankia estaba falseada, a través del folleto informativo que no se ajustaba a la realidad contable de la entidad, lo que vició, por error, el consentimiento prestado por los actores.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de "BANKIA,S.A.", que erige en motivos del mismo los siguientes 1º) Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación de presunciones legales y judiciales; 2º) Inexistencia de vicio en el consentimiento; 3º) Suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal.

SEGUNDO.- Suspensión por prejudicialidad penal.

Si bien se alega en último lugar, y de forma subsidiaria, por parte de la recurrente, la existencia de prejudicialidad penal, al entender dicha parte que procede la suspensión del procedimiento como consecuencia de la tramitación de las diligencias previas nº 59/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, por razones de pura sistemática debe examinarse en primer lugar dicho motivo de apelación, pues de ser estimado daría lugar a la suspensión del procedimiento, y por lo tanto no procedería entrar a examinar el resto de los motivos del recurso de apelación.

Insiste la recurrente en la alegación de prejudicialidad penal para el caso de que se considere que existen pruebas o argumento que pudiera hacer dudar sobre la existencia de falsedad o irregularidad en las cuentas elaboradas por Bankia para su salida a Bolsa pues, como se puso de manifiesto en la instancia, existe un proceso penal abierto en el que, precisamente, se discute la bondad o falsedad de la información contable publicada por Bankia con ocasión de su salida a bolsa, así como de las cuentas del ejercicio 2011, reformuladas en marzo de 2012, lo que debió haber determinado la suspensión del procedimiento civil, y al considerar que concurren todos los requisitos para, en su caso, acordar en sede de apelación la suspensión del procedimiento



por prejudicialidad penal, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 de la LOPJ y 111 y 114 de la L.E.Crim. y arts. 40.2 y 41 de la L.E.C., pues en el procedimiento que se sigue ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, es la propia querellante la que califica los hechos, entre otros, dentro del tipo delictivo de falsificación de cuentas anuales.

Respecto a esta cuestión nos remitimos al contenido de la reciente Sentencia del T. S. nº 24/2016, de 3 de febrero, la cual, en su fundamento de derecho segundo, declara que: "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)» (énfasis añadido).

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)» (énfasis añadido).

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".

En consecuencia, es por aplicación de la doctrina que queda expuesta, que el motivo de recurso debe ser desestimado.



TERCERO.- Error en la valoración de los medios de prueba e Indevida aplicación de presunciones legales y judiciales.

Se denuncia por la recurrente, como motivo de recurso, infracción del artículo 386 de la LEC por indebida e injustificada aplicación de presunciones legales y judiciales. Se alega, para fundar el mismo, que la sentencia de instancia basa su argumentación en considerar que los datos aportados por la entidad Bankia no respondían a la situación real de la entidad ya que considera que existen unas notables disparidades financieras y contables en las cuentas no auditadas presentadas por Bankia el 4 de mayo de 2012 y las presentadas posteriormente, el 25 del mismo mes, haciendo para ello una exposición de hechos que considera, erróneamente a su entender, como pacíficos y admitidos y concluye que dadas las disparidades apuntadas la imagen proyectada por Bankia como motivo de su salida a Bolsa no se correspondía con su verdadera situación financiera, acudiendo, para llegar a esta conclusión, a una suerte de presunciones que le llevan a tener por acreditado el hecho objetivo en el que el actor basa su demanda que no es otro que las aparentes falsedades contables realizadas por la entidad con motivo de su salida a Bolsa, presunción esta, que a su modo de ver, tiene una base muy débil porque en esencia lo que viene a establecer es que no es posible que en tramo tan breve de tiempo se produzca una caída tan drástica del estado contable de Bankia como la que se produjo, con lo que la recurrente está en desacuerdo al entender que la falsedad o la veracidad de la información financiera elaborada por Bankia para su salida a Bolsa no puede presumirse por el simple hecho de que, en plena crisis económica y como consecuencia de un nuevo marco legislativo, un año después, Bankia haya precisado de importantes ayudas públicas, siendo que la apreciación de estas circunstancias en las cuentas y estados financieros de una entidad como Bankia exige la realización de análisis y valoraciones jurídicas, contables, económicas, financieras y empresariales de enorme complejidad, ni como tampoco cabe presumir el falseamiento de la contabilidad de Bankia, como se hace, ignorando la concreta y convulsa realidad económica por la que atravesó el país en el segundo semestre de 2011, así como las severas medidas adoptadas por el legislador a principios de 2012 para tratar de sanear los balances de las entidades financieras que supusieron una radical e imprevista transformación del marco regulatorio que, entre otras medidas, supuso la exigencia a las entidades financieras de nuevas y mayores provisiones.

La sentencia de instancia, para concluir que los datos sobre la situación de solvencia ofrecida en el folleto y la información suministrada al respecto, no se correspondía con la realidad, se hace eco de una serie secuenciada de hechos públicos y notorios, que recoge, con remisión a varias resoluciones de distintas Audiencias Provinciales en el relato que se transcribe en el fundamento de derecho cuarto y que se tienen aquí por reproducidos por remisión expresa y en aras a la brevedad expositiva.

El artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que deben ser objeto de prueba los hechos que guarden relación con tutela judicial que se pretenda, estando exonerados de prueba los hechos admitidos por las partes, y los hechos notorios, entendiéndose por tales aquellos hechos que gocen de notoriedad absoluta.

Como dice la STS de 12 de junio de 2007 "la apreciación de notoriedad hace innecesaria la prueba, pues los hechos notorios (que según definición clásica son "aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba") no es preciso probarlos, y así lo vino reconociendo la jurisprudencia (SS., entre otras, 20 sept. 1988 , 5 feb. 2001 , 30 nov. 2004), y así lo establece la LEC 2000 en el art. 281.4 -"no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"- . Y la STS de 26 de abril de 2013 que "El hecho notorio lo contempla el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. Es la determinación de hechos, sin necesidad de prueba, como cualidad relativa, según el tiempo y el lugar, de un conocimiento general que razonablemente es conocido por todos, incluyendo los que son parte en el proceso". Igualmente la reciente STS nº 24/2016, de 3 de febrero , declara que: "[.] 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 egent probatione [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003 ; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o 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; RC 269/1994 , 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, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba»".

En el presente caso la juez de instancia se limita en su fundamento de derecho cuarto a realizar, por remisión al citado auto de la AP de Valencia, una descripción de hechos contrastados por los medios de comunicación, resultados de actos de parte o resoluciones oficiales, sin valoración alguna. Desde esta perspectiva es un hecho notorio que la entidad ahora apelante presentó unas cuentas para el año 2011, y hizo referencia en el folleto informativo de la oferta pública de acciones a una situación patrimonial, que fue modificada por la propia entidad reformulando dichas cuentas, en las que frente a un anterior resultado positivo se recogían pérdidas de 2.979 millones de euros; siendo también un hecho notorio que Bankia como consecuencia de esa situación de insolvencia tuvo que ser rescatada y que fue objeto de importantes ayudas públicas.

Tales hechos, que no han sido rebatidos por la recurrente, dado su público conocimiento han de reputarse notorios, y por lo tanto su constancia en la resolución recurrida no infringe doctrina alguna. Cuestión distinta es que la parte disienta de las conclusiones alcanzadas tras la valoración de la prueba o entienda que existan otros hechos que también deberían tomarse en consideración, pero no por ello cabe entender que exista infracción de doctrina, y menos del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues tales circunstancias no inciden, en modo alguno, en la licitud de que se recoja la relación de hechos que se hace constar, sino que únicamente legitima a la parte para discutir la existencia de un posible error en la valoración de la prueba, como seguidamente hace en su recurso.

En este mismo sentido dice la reciente Sentencia del T. S. nº 23/2016, de 3 de febrero , "En la sentencia recurrida no se realiza una aplicación expresa de la prueba de presunciones, ni se contiene mención alguna a los arts. 385 y 386 LEC , donde se regula dicho medio probatorio, sino que el tribunal da como probado, como hecho notorio, que la entidad emisora de las acciones reformuló sus cuentas del año 2011, poco tiempo después de la OPS, con un resultado completamente contrario al publicitado en el folleto, puesto que en vez de beneficios, lo que existían eran importantísimas pérdidas. Es decir, lo que hace la Audiencia Provincial es valorar una serie de datos económicos, la mayoría de ellos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, así como la declaración testifical de un antiguo empleado de Bancaja, para alcanzar la conclusión sobre la inexactitud del folleto, pero sin utilizar para ello la prueba de presunciones. Conclusión que jurídicamente podrá ser más o menos acertada, pero que no se proyecta sobre el punto de vista de la apreciación probatoria, sino desde el de la valoración de la prueba [...]" y concluye, "[...] 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 consideró más adecuadas con arreglo a las pruebas practicadas y realizar las valoraciones jurídicas que estimó oportunas en relación a tales hechos. Por ello, no se ha aplicado el art. 386.1 LEC , ni por tanto puede haber sido infringido".

En consecuencia, por lo expuesto, este motivo del recurso también debe ser desestimado.

CUARTO.- Inexistencia de vicio en el consentimiento.

En cuanto al siguiente motivo del recurso se alega por la recurrente que Bankia cumplió fielmente su obligación de informar y que si el actor se hubiese comportado con la mínima diligencia exigible, habría leído el folleto de la emisión en la que de una forma clara y exhaustiva se advierte de los riesgos de la misma, añadiendo que el inversor en Bolsa asume una serie de riesgos, incluido el riesgo de que la inversión no tenga un resultado beneficioso y arroje, incluso pérdidas, no pudiendo considerarse como causa esencial del contrato de compraventa de acciones la expectativa de dividendos o beneficios cuando la causa y el objeto del contrato no es otra cosa que la obtención de una participación en el capital social de una mercantil. En consecuencia la recurrente entiende que no se puede considerar que exista error como elemento invalidante del consentimiento prestado en el caso que nos ocupa.

Dice la reciente STS nº 23/2016, de 3 de febrero , "1.- Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del 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. Según recordábamos en la sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, que compendia la reciente jurisprudencia en la materia:

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

»El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de 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.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error .

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

2.- 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".

4.- Es cierto que un sector muy destacado de la doctrina comunitaria y nacional, así como diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, parten de la base de que la doctrina de la sociedad nula o de hecho es también aplicable a los aumentos de capital, por lo que la anulación de una suscripción de acciones por vicios del consentimiento sería contradictoria con dicha doctrina, plasmada legislativamente en el art. 56 LSC. Y sostienen, por tanto, que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 LMV -actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 - y 36 RD 1310/2005) y no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, el conflicto entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 LSC) y la normativa de valores (básicamente, art. 28 LMV) proviene, 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, la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12) confirma la preeminencia de las normas del mercado de valores sobre las normas de la Directiva de sociedades; o más propiamente, 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. Es decir, 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 vicio del consentimiento, con efectos ex tunc (arts. 1300 y 1303 CC), cuando, como en el caso resuelto en la sentencia recurrida, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento".

En similares términos se pronuncia la también reciente STS nº 24/2016, de 3 de febrero , al declarar que: "[.] 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 pequeño inversor 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 , «[u]na 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 el demandante 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 [..]."

En el presente caso y teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta, dicho error es esencial al recaer sobre las condiciones principales del contrato invalidando el mismo conforme a lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y es que de haber contado los actores D. Braulio y Dña. Gema con la información real a buen seguro no habrían adquirido las acciones. No es imputable a los demandantes sino a la entidad demandada y no pudo ser evitado empleando una diligencia media puesto que la situación real de Bankia no fue detectada públicamente hasta que se realizó la auditoría y se reformularon las cuentas anuales. La cualidad de pequeño inversor del actor hace que ese error deba considerarse excusable pues carecía de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectaban a Bankia cuyas acciones salían a cotización y que era relevantes para tomar la decisión inversora.

Todo lo expuesto conlleva, como acertadamente se señala en la sentencia recurrida, que deba declararse la nulidad del contrato sobre suscripción de acciones celebrado entre las partes, y al que queda hecha referencia, con todas las consecuencias inherentes a esta declaración.

QUINTO.- Por cuanto antecede, el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado, debiendo imponerse a la mercantil recurrente las costas procesales del mismo derivadas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 398 en relación con el art. 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, en nombre y representación de la entidad mercantil "BANKIA, S.A", contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ponferrada, en fecha 30 de septiembre de 2015, en los autos de Juicio Ordinario nº 385/2015 de dicho Juzgado, que fueron elevados ante Audiencia Provincial el 29 de diciembre siguiente, la **confirmamos** en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición a la recurrente de las costas procesales de la presente alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente y testimonio al presente rollo de apelación y remítase todo ello al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para su ulterior sustanciación.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.