



Roj: **SAP C 2635/2016 - ECLI:ES:APC:2016:2635**

Id Cendoj: **15030370052016100372**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **02/11/2016**

Nº de Recurso: **223/2016**

Nº de Resolución: **393/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00395/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

Rollo: 223/2016

Proc. Origen: Juicio Verbal Civil por razón de Cuantía núm. 535/2015

Juzgado de Procedencia: Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de A Coruña

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, constituida en Tribunal Unipersonal, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 393/2016

Ilmo. Sr. Magistrado:

DON MANUEL CONDE NUÑEZ

En A CORUÑA, a dos de noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de apelación civil número 223/2016, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de A Coruña, en Juicio Verbal Civil por razón de Cuantía núm. 535/2015, sobre "inexistencia y nulidad de contratos", seguido entre partes: Como **APELANTE:** BANKIA, SA, representada por el Procurador Sr. DE LA SANTA MARQUEZ como **APELADO:** DON Evelio, representada por el Procurador Sr. PARDO DE VERA MORENO.-

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de A Coruña, con fecha 18 de diciembre de 2015, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

" Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procurador ID Miguel Pardo de Vera Moreno en nombre y representación de D Evelio frente a la entidad BANKIA SA, declarando la nulidad del contrato de suscripción de acciones concertado por la parte actora con la demandada el 5 de julio de 2011 por importe de 5.000 euros y

condenar a la entidad demandada a reintegrar a la demandante la cantidad de 5.000 euros con los intereses legales desde la fecha de su cargo en cuenta, hasta su completo pago.



Par su parte el demandante deberá devolver a la entidad demandada las acciones adquiridas así como los dividendos que hubiesen podido percibir con los intereses legales desde la fecha de su percepción hasta el reintegro, debiendo en su caso compensarse las cantidades debidas entre las partes.

Se imponen a la parte demandada las costas generadas en esta instancia. "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA, SA que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se pasaron los autos al magistrado ponente.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I . La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de A Coruña, de fecha 18 de diciembre de 2015 , acordó en su parte dispositiva la estimación de la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Evelio , frente a la entidad Bankia SA, declarando la nulidad del contrato de suscripción de acciones concertado por la parte actora con la demandada el 5 de julio de 2011 por importe de 5000 euros, condenando a la entidad demandada a reintegrar a la demandante la referida cantidad con los intereses legales desde la fecha de su cargo en cuenta hasta su completo pago.

Por su parte el demandante deberá devolver a la entidad demandada las acciones adquiridas así como los dividendos que hubiesen podido percibir con los intereses legales desde la fecha de su percepción hasta su reintegro, debiendo en su caso compensarse las cantidades debidas entre las partes.

Con imposición de costas a la parte demandada

II.- En el recurso de apelación se alega error en la valoración de la prueba de documentos públicos y de dictamen de peritos, e indebida aplicación de presunciones legales y judiciales sobre los datos aportados por Bankia para su salida a Bolsa. No podría presumirse que no respondían a la situación real de la entidad por el simple hecho de que, en plena crisis económica y como consecuencia de un nuevo marco legislativo, un año después hubiese precisado de importantes ayudas públicas. Ni ignorar la convulsa realidad económica en el segundo semestre de 2011 y las severas medidas adoptadas por el legislador a principios de 2012 para tratar de sanear los balances de las entidades financieras, entre otras la exigencia de nuevas y mayores provisiones. Así como la solvencia derivada del apoyo financiero del FROB de más de 4 mil millones de euros en enero de 2011 y que los estados financieros consolidados del primer trimestre de 2011 fueron auditados sin salvedad, además de controles del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La sentencia no contendría el razonamiento para la presunción judicial ni valorado correctamente los documentos y la relevancia del informe del FROB de las Diligencias Penales que acreditarían que las cuentas publicadas a la salida a bolsa reflejarían la imagen fiel de la entidad y las provisiones suficientes.

También se sostiene la inexistencia de vicio en el consentimiento para la nulidad contractual. Con los documentos facilitados se cumpliría con la obligación de informar con advertencia de los riesgos para ser leídos por un inversor diligente. La causa esencial del contrato no sería la expectativa de dividendos o beneficios sino una participación en el capital social de la entidad. Y sería muy poco verosímil que el comprador hubiese hecho la suscripción exclusivamente por los datos contables. Los clientes reclamarían porque se habría concretado un riesgo del que estarían advertidos en el folleto.

Por otro lado se insiste en el recurso en la suspensión del procedimiento por la prejudicialidad penal de carácter preferente de la sobre la existencia o no de falsedad o irregularidad en la contabilidad de Bankia. Concurrirían los requisitos legales al efecto. Y se reseñan varios autos o sentencias que apoyarían su petición.

III.- La parte demandante alegó en contra el recurso y pidió su desestimación.

SEGUNDO.- La cuestión de la suspensión del procedimiento por la prejudicialidad penal de las Diligencias Previas nº 59/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional ha sido polémica en los Juzgados y Audiencias, con pronunciamientos en uno y otro sentido, como las invocadas por las respectivas partes litigantes en apoyo de sus tesis. Las dudas llevarían a la aplicación del principio restrictivo o regla general de la no suspensión del proceso civil en lo que respecta a la prejudicialidad penal.

Todas las Secciones civiles de esta Audiencia Provincial de A Coruña han sido unánimes en el sentido de rechazar la prejudicialidad penal. Así, los autos de la Sección 3ª de 14/5/2015 y 19/2/2016 , o sus sentencias de 29/12/2015 y 10/5/2016 ; las sentencias de la 4ª de 30/12/2015 y 5/5/2016 ; los autos de esta Sección 5ª de 8/10/2015 y 19/2/2016 o las sentencias de 11/3 y 30/6/2016 ; y las de la 6ª de 6/11 y 3/12/2015 o 9/5/2016 ;



entre otras. Esta postura es la que actualmente se ha impuesto mayoritariamente. Cabe citar al respecto, entre otras recientes, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra (1ª) de 15 y 17/12/2015 , Madrid (9ª) de 8/5/2015 , (8ª) de 22/12/2015 , o (10ª) de 13/1/2016 , Valencia (8ª) de 23/9/2015 , o (9ª) de 25/11/2015 , Asturias (6ª) de 30/11/2015 , Girona (1ª) de 14/12/2015 , Segovia (1ª) de 17/12/2015 , Soria (1ª) de 22/12/2015 , León (2ª) de 18/1/2016 , Albacete (1ª) de 18/1/2016 , Salamanca (1ª) de 20/1/2016 , Ávila de 21/1/2016 , Valladolid (3ª) de 21/1/2016 , o la de Burgos (3ª) de 29/1/2016 .

La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) nº 24/2016 de 3 de febrero de 2016 avala este criterio, y pensamos que viene ya a dejar definitivamente resuelta la cuestión, al razonar lo siguiente para desestimar el motivo de recurso que se había alegado por parte de Bankia sobre la prejudicialidad penal:

"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 que 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 un 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".



TERCERO.- Con respecto al motivo de apelación consistente en la alegación de error en la valoración de la prueba, por inexistencia de elementos de prueba para permitir acreditar que la información facilitada por Bankia no reflejaba la imagen fiel de la entidad, comprendiendo el error en la valoración de la prueba pericial y juego de las presunciones judiciales, este tribunal no ve que se haya producido dicho error, toda vez que la sentencia de instancia obtiene la conclusión de que el consentimiento contractual del actor se encontraba viciado por la circunstancia de que la información obrante en el folleto de emisión, que conforma el documento básico relativo a la situación patrimonial de la decisión de compra, participando en la OPS (ver la importancia otorgada al folleto por la directiva 2003/34/CEart, cuya transposición se llevó a efecto por el RDL 5/2005, de 11 de marzo, que reformó el artículo 28 LMV), no respondía a la realidad de su situación patrimonial o al menos hurtaba significativa información relevante.

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

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

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

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

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

En conclusión, siendo la información del folleto de emisión incorrecta, poco importa que la misma respondiese a una actuación dolosa, negligente o poco prudente de la entidad demandada, o que tenga o no trascendencia penal, si la misma generó error relevante, excusable y causal sobre la prestación del consentimiento contractual a la parte actora, que vio de esta manera que sus expectativas de inversión no respondían a la realidad de lo publicitado.

CUARTO.- I. En relación con el motivo de apelación fundado en la inexistencia de error en el consentimiento, en el presente caso, deviene indiscutible el deber contractual de información veraz, que recaía sobre la entidad demandada, baste para ello con la constatación de la indiscutible importancia del folleto de emisión de las acciones en al OPS, citando lo normado en el art. 16.1 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y



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

Por su parte, el art. 30 Bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su redacción vigente a la fecha de suscripción, incide en la importancia del folleto, al normar en su apartado 1: "Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores"; sin que quepa realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo (apartado 2 de dicho precepto).

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

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

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

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

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

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

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

"Como quiera que se trataba de la salida a bolsa de una entidad que hasta ese momento no cotizaba, sus acciones no tenían un "historial" previo de cotización en un mercado secundario oficial, por lo que el folleto era el único cauce informativo de que disponía el pequeño inversor. Si en el proceso de admisión a cotización de acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. De la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que



el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones. Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial.

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

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

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

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

En consecuencia procede la desestimación del recurso de apelación.

QUINTO.- Procede la imposición de las costas de alzada a la parte apelante (art. 394 y 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debo confirmar y confirmo la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de A Coruña en los autos 535/15.



Con imposición de las costas de alzada a la parte apelante.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado DON MANUEL CONDE NUÑEZ que la firma y leída en el mismo día de su fecha de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ