



Roj: **SAP SA 526/2016 - ECLI:ES:APSA:2016:526**

Id Cendoj: **37274370012016100526**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2016**

Nº de Recurso: **390/2016**

Nº de Resolución: **423/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00423/2016

N10250

GRAN VIA, 37-39

-

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

2

N.I.G. 37274 42 1 2015 0005916

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000390 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: JUICIO VERBAL 0000608 /2015

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA

SENTENCIA NÚMERO 423/16

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO

DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

En la ciudad de Salamanca a dos de noviembre del año dos mil dieciséis.



La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Verbal Civil Nº 608 /2015 del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 390/2.016** ; han sido partes en este recurso: como demandante Impugnante **DON Anibal** , representado por la Procuradora Doña María Teresa Domínguez Cidoncha, bajo la dirección del Letrado Don Elías Plaza López Berges; habiendo desistido de su recurso la legal representación de **BANKIA S.A** .

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día dieciséis de diciembre de dos mil quince, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 9 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda promovida por la procuradora Sra. Domínguez Cidoncha en nombre y representación de d. Anibal , contra Bankia S.A. representada por el Procurador Sr. Suarez Quiñones Fernández condeno a la demandada a indemnizar a los actores en la cantidad que resulte con sujeción a lo resuelto en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución. Sin efectuar especial imposición de costas."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones; desistiendo con posterioridad de referido recurso, dictando Auto el Juzgado de Instancia con fecha diez de marzo de los corrientes en el que se acordaba el desistimiento del recurso de referida entidad, teniéndose por abandonadas sus pretensiones de impugnación.

Por la legal representación de la parte actora se presentó escrito de impugnación de la sentencia dictada en el juzgado de instancia, quien alegó como motivos de la impugnación de la sentencia: infracción de los artículos 1285 , 1266 y 1270 del Código Civil con error en la valoración de la prueba y vulneración de la doctrina establecida reiteradamente por sentencias de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo de infracción del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la imposición de costas y haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, terminó suplicando se tengan por impugnados los pronunciamientos relativos a la no estimación de la demanda en base a la pretensión principal de nulidad/anulabilidad y a la no imposición de las costas procesales a la parte demandada, dictándose sentencia en la que se estime la demanda en base a la pretensión principal de nulidad/anulabilidad por vicio de consentimiento, con los efectos de restitución previstos en el art. 1303 del CC , revocando igualmente el pronunciamiento relativo a la no imposición de las costas procesales de la primera instancia, con expresa imposición a la recurrente de las costas devengadas en esta alzada.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día veinte de octubre de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Antecedentes.

1. Por la representación de Don Anibal se interpuso demanda de nulidad o anulabilidad de la adquisición de 1333 títulos de acciones de Bankia por importe de 4998,75 euros y/o o de reclamación del perjuicio patrimonial ocasionado al demandante derivado de la información pública de suscripción de acciones, manipulación de mercado de incumplimiento de la normativa del mercado de valores, solicitando la nulidad o anulabilidad de dicha adquisición y la condena a la demandada a restituir y abonar al actor la cantidad citada junto con los intereses legales devengados desde la fecha de adquisición de los títulos hasta su total satisfacción y ejecutar cuantos actos sean necesarios para dar cumplimiento a estos pronunciamientos, con abono de costas, o subsidiariamente se declare la responsabilidad del banco por incumplimiento del artículo 28 de la Ley de Mercado de Valores , condenándola a indemnizar y a resarcir al actor con la diferencia entre la cantidad citada y el importe de la cotización la fecha de sentencia de las acciones de las que es titular, junto con los intereses legales, y con abono de costas.

2. La sentencia de 16 de diciembre de 2015 estima la demanda y condena a la entidad bancaria a indemnizar a los actores en la cantidad que resulte con sujeción a lo resuelto en el fundamento jurídico séptimo de la misma, fundamento jurídico en el que se establecen, especialmente en su parte final, los criterios de cuantificación de daños, debiendo entenderse que la sentencia se refiere a que la cuantificación será la simple diferencia entre la cantidad inicialmente pagada de 4998,75 euros y la obtenida por la venta de las acciones dentro del plazo



de cinco años desde la firmeza de la sentencia, y ello, por cuanto se procede a estimar, no la nulidad de la operación llevada a cabo, sino la acción de responsabilidad por infracción de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores, y todo ello sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas causadas como consecuencia de las dudas jurídicas que la cuestión suscita.

3. Por la representación de la entidad bancaria se interpuso recurso de apelación habiendo desistido del mismo por escrito de 19 de febrero de 2016, admitiéndose el desistimiento por auto del juzgado de primera instancia de 10 de marzo de 2016, en el que se acuerda imponer las costas del recurso a la entidad bancaria, y la continuación de la tramitación del procedimiento respecto de la impugnación de la sentencia formulada por la representación del actor. Este auto no es recurrido por la entidad bancaria, habiendo alcanzado firmeza.

4. La representación del actor, al oponerse al recurso de apelación de la entidad bancaria procede a impugnar la sentencia por vulneración de los artículos 1285 y siguientes y error en la valoración de la prueba y por infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del criterio del vencimiento objetivo para la imposición de costas, y habiéndose dado traslado de esta impugnación a la representación de la entidad bancaria ésta no formuló alegación alguna.

Segundo. Infracción de los artículos 1285 y siguientes del Código Civil.

5. En cuanto a la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, de 20 de enero de 2013, de 29 de octubre de 2013, de 17 de febrero de 2017 y de 8 de abril de 2013), hay que advertir que esta Audiencia ya se ha pronunciado reiteradamente al respecto en este tipo de procedimientos, y ello precisamente ha provocado el desistimiento de la entidad bancaria, así como la doctrina del TS que ha establecido que "...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.

6. 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».

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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. por tanto, eran valoraciones en origen alejadas de la realidad. Las cuentas no fueron comprobadas por el auditor Deloitte, según acredita el expediente sancionador del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).

11. 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.

12. 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 Hirmann 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.

13. 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

14. 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)".

15. Todo ello supone que debe declararse la nulidad de la operación llevada a cabo entre el **consumidor** demandante y la entidad bancaria, especialmente si tenemos en cuenta las condiciones particulares de aquel, que constan en el test de conveniencia practicado por el banco y unido al folio 27 de las actuaciones, del que resulta que el cliente en había realizado inversiones durante los tres últimos años en este tipo de productos, presentaba nivel de estudios básicos, no tenía ninguna experiencia en el sector financiero y realizaba inversiones anuales con poca frecuencia, pese a lo cual, sorprendentemente, se deja constancia de que sí estaba familiarizado con este tipo de productos y resultando del propio test que el producto nada conveniente para el.

Tercero . Costas.

16. De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas de primera instancia a la entidad bancaria, conforme a lo solicitado en la impugnación de la sentencia, y ello por cuanto difícilmente puede admitirse la existencia de dudas de derecho cuando la demanda ha sido interpuesta el 23 de junio de 2015 , fecha en la cual existía una consolidada doctrina en relación con la actuación llevada a cabo por las entidades bancarias respecto de los **consumidores** y usuarios de perfil conservador, poco habituados a realizar operaciones de este tipo, y siendo ya consciente la propia entidad bancaria de la situación económica en la que se encontraba.

17. La estimación del recurso de apelación formulado por vía de impugnación de la sentencia, supone que, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no haya lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de dicha impugnación, sin perjuicio de mantener inalterado el contenido del auto del juzgado de primera instancia debía de marzo de 2016, el que se acuerde imponer las costas del recurso de apelación formulado por Bankia a dicha entidad.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de **DON Anibal** revocamos la sentencia de instancia en el sentido de estimar la acción formulada con carácter principal por el demandante declarando la nulidad de la compraventa de 1323 títulos de acciones de Bankia, por importe de 4998,75 euros, condenando a la entidad bancaria demandada a estar y pasar por tal declaración y a restituir al actor la cantidad de 4498,75 euros, junto con los intereses legales devengados desde la adquisición de los títulos hasta su total satisfacción, ejecutando cuantos actos sean necesarios para dar cumplimiento a los anteriores pronunciamientos, lo que implica la devolución por Don Anibal de los citados títulos, condenando la entidad bancaria al abono de las costas causadas en primera instancia, y sin hacer pronunciamientos respecto de las costas de la impugnación de la sentencia.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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