



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2  
LEON**

SENTENCIA: 00077/2016

**FECHA DE NOTIFICACION**

**03/3/2016**

N01250

C., EL CID, 20

Tfno.: 987/233159 Fax: 987/232657

MVJ

N.I.G. 24115 41 1 2015 0015938

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 000027 /2016**

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

**Procedimiento de origen:** JUICIO VERBAL 0000467 /2015

Recurrente: BANKIA SA

Procurador: JAVIER SUAREZ QUIÑONES FERNANDEZ

Abogado:

Recurrido:

Procurador: MARIA ENCINA MARTINEZ RODRIGUEZ

Abogado:

**SENTENCIA Nº. 77/16**

**ILTMO. SR.:**

**D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente**

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

**VISTOS** en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de león, los Autos de Juicio Verbal 467 /2015, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº1 de Ponferrada, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) 27/2016, en los que aparece como parte apelante "BANKIA,S.A.", representada por el Procurador D. Javier Suárez Quiñones Fernández y asistida por el Abogado y como parte apelada, representado por la Procuradora Dña. Maria Encina Martínez Rodríguez y asistido por el Abogado, sobre

anulabilidad del contrato, siendo Magistrado, constituido como órgano unipersonal, el Ilmo. D. Alberto-Francisco Álvarez Rodríguez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 13 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: “**FALLO: ESTIMO** la demanda interpuesta por el procurador d. Juan Alfonso Conde Álvarez en representación de D. frente a BANKIA S.A y en consecuencia **DECLARO** la nulidad del contrato de adquisición de acciones BANKIA subtramo minorista en la cantidad nominal de formalizado entre las partes en la fecha de 30 de junio de 2011 por concurrir en el actor error vicio del consentimiento, debiendo las partes restituirse las efectivas recíprocas prestaciones, incluidos los intereses legales desde la fecha de celebración del contrato de conformidad al fundamento jurídico octavo, todo ello al amparo del artículo 1303 del Cc.

**CONDENO** a BANKIA S.A al pago de las COSTAS causadas”.

Y **PARTE DISPOSITIVA**, del Auto de Aclaración del 14 de octubre de 2015, “**Acuerdo**: aclarar el fallo de la sentencia dictada en la fecha de 13 de octubre de 2015 en esta causa, de modo que donde dice “con el apercibimiento de que es firme” debe decir “con el apercibimiento de que es recurrible en apelación en el plazo de veinte días desde su notificación, previa constitución de un depósito de cincuenta euros en la cuenta de consignaciones de este juzgado”.

**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 su estudio, el pasado día 23 de febrero de 2016.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de D. se formuló demanda de juicio verbal frente a la entidad mercantil “BANKIA, S.A”, solicitando la nulidad, más bien anulabilidad, del contrato de adquisición de acciones de Bankia de fecha 30 de junio de 2011 (Orden nº 4111811090429739), por importe de euros, que se fundamentó en la concurrencia de error-vicio en el consentimiento prestado por el actor, solicitando la condena a la demandada al reintegro de la referida cantidad, menos los intereses o cupones abonados al actor como rentabilidad de los activos, más el interés legal del importe abonado por cada activo y de las sucesivas comisiones, desde la fecha de cargo en cuenta hasta la fecha de sentencia. Subsidiariamente, se ejercitó acción de indemnización de daños y perjuicios por pérdida patrimonial derivada de responsabilidad contractual por vulneración de las obligaciones que a la demandada le imponía la Ley de Mercado de Valores para salir a Bolsa.

La sentencia dictada en la primera instancia estimó la demanda, en cuanto anuló el contrato al considerar probado (hecho notorio) que la información proporcionada con ocasión de la OVP estaba falseada por la entidad financiera demandada, 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 el actor.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de “BANKIA, S.A”, que erige en motivos de su recurso los siguientes: 1º) Suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal; 2º) Incorrecta valoración de la prueba e imposibilidad de aplicar al caso la doctrina del «hecho notorio»; y 3º) Ausencia de error y/o dolo e improcedencia de la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

#### **SEGUNDO.-** Suspensión por prejudicialidad penal

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 y sin necesidad de transcribir el extenso fundamento de derecho segundo de la misma, pues sin duda lo conoce la representación recurrente, nos limitaremos a dejar constancia aquí del colofón al mismo que se contiene en su apartado 6:

« 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, el motivo del recurso debe ser desestimado.

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

Alega la parte apelante que la sentencia apelada no ha realizado una correcta valoración de la prueba practicada, lo que la lleva a no

ajustarse a la realidad de los hechos, por cuanto, al contrario de lo que infiere la resolución impugnada, Bankia cumplió , en su momento, todas las obligaciones que eran exigibles en la fase precontractual, informando del riesgo inherente a la inversión de las acciones antes de su contratación, y presentó públicamente, para su salida a Bolsa, los estados contables y demás documentación necesaria para dar a conocer la imagen fiel y la situación real de la entidad, de acuerdo con las normas en materia de contabilidad , previsiones , estados contables, mercado de valores y cualesquiera otras que pudieran ser de aplicación en dicho momento, insistiendo en que el valor de los activos de BANKIA a la fecha de su salida a Bolsa eran correctos, sin que el hecho de que tuvieran que reformularse las cuentas correspondientes al año 2011 con posterioridad a la salida a Bolsa, pruebe la falta de fidelidad de las mismas, sino que responde a la exposición de la entidad al mercado inmobiliario, claramente explicada en el folleto de emisión suscrito por los actores y a la radical disociación entre las previsiones realizadas por todos los sujetos del mercado y la economía real puesta de manifiesto en el primer trimestre de 2012, así como a los cambios regulatorios que tuvieron incidencia directa en los estados patrimoniales, no solo de BANKIA, sino de todas y cada una de las entidades que operan en el Sector Financiero.

Se ha de destacar, como ya lo hemos hecho en resoluciones anteriores (SS. nº 269 y 270/15, de 2 de diciembre), que es un hecho admitido que en el folleto informativo que se acompañó a la oferta pública de venta de las acciones se reflejaba una situación patrimonial de saludable solvencia de BANKIA.

Pero lo cierto es que, una vez que se produce la intervención de la entidad, se procede de nuevo a reformular las cuentas del ejercicio

2011, lo que tiene lugar el 25 de mayo de 2012, viniendo la propia entidad a modificar dichas cuentas al recoger para dicho ejercicio unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que no niega BANKIA en su recurso. A ello se añade la petición al FROB de una ayuda de 19.000 millones de euros para el grupo BFA-BANKIA, de los que 12.000 millones se destinarían a recapitalizar BANKIA, siendo hoy un hecho notorio y como tal no necesitado de prueba, que esa petición fue atendida y que BANKIA recibió sustanciosas ayudas de capital público.

Partiendo de tales hechos y como ya razonábamos en las referidas resoluciones, en modo alguno cabe entender que en la valoración de la prueba exista el error denunciado, en la medida que es la propia entidad ahora apelante la que en mayo de 2012 reconoce que las cuentas por ella presentadas solo unos meses antes no reflejaban la situación contable y patrimonial de la sociedad, por lo que al haber sido esa misma contabilidad la que se tuvo en cuenta para elaborar los datos contables y financieros que se incorporaron al folleto informativo que debía aportarse con la oferta pública de acciones de acuerdo con los artículos 26,27 y 30 bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio, de Mercado de Valores, la conclusión a que se llega, a efectos civiles, es que dicha contabilidad y por lo tanto los datos que se recogían en el folleto sobre los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas, no respondían al estado real de la sociedad, por lo que dicho folleto informativo en modo alguno pudo servir de base e información adecuada a los clientes a fin de tener un conocimiento de tales datos a los efectos de poder realizar una evaluación correcta de la oferta pública, tal como establece el art. 27.1 de la citada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

**CUARTO.-** Imposibilidad de aplicar al caso la doctrina del hecho notorio.

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 corresponderían con la realidad se hace eco de una serie de hechos que considera notorios y de los que se deduce el falseamiento de tan relevantes datos, destacando entre ellos el informe de los peritos del Banco de España, publicado en todos los medios de comunicación, según el cual los datos sobre las pérdidas de la entidad estaban maquillados.

Según el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los hechos notorios, entendiendo por tales aquellos hechos que gocen de notoriedad absoluta , están exonerados de prueba.

Como dice la STS de 12 de junio de 2007 “la agravación de notoriedad hace innecesaria prueba, pues los hechos notorios ( que según la definición clásica son <aquellos hechos 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..1998, 5 feb. 2001, 30 nov. 2004), y así lo establece la LEC en el art. 281.4....”

En el presente caso, el Juez de Instancia da por ciertos una serie de hechos contrastados por los medios de comunicación, resultado de actos de parte o resoluciones oficiales, cuya plasmación se repite en las sentencias que han llegado a este Tribunal a efectos de la resolución



del oportuno recurso de apelación, así como en las resoluciones de otras Audiencias Provinciales ( v. gr. Auto de la Sección 7 de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de diciembre 2014), lo que abunda precisamente en el hecho de su notoriedad.

Desde dicha perspectiva es un hecho notorio y así hemos tenido ocasión de recogerlo en resoluciones anteriores (v.gr. Sentencia nº 269/15, de 2 de diciembre), que la entidad ahora apelante presentó unas cuentas para el ejercicio 2011 e hizo referencia en el folleto informativo de la oferta pública de acciones a una situación patrimonial de la que resultaba una muy saludable solvencia y que incluso arrojaba prometedores beneficios, que fue modificada por la propia entidad reformulando dichas cuentas, en las que frente a un anterior resultado positivo se recogerían pérdidas de 2.979 millones de euros; siendo también un hecho notorio que BANKIA, como consecuencia de esa situación, 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 demandada, ahora recurrente, disienta de las conclusiones alcanzadas tras la valoración de la prueba o entienda que existan otros hechos que también deberían tomarse en consideración.

De interés, por último, para el rechazo del motivo resulta lo plasmado por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 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".

**QUINTO.-** Inexistencia de vicio en el consentimiento.

En cuanto al siguiente motivo del recurso, se alega por la recurrente que el supuesto error ni ha quedado probado ni sería excusable, porque para que lo fuera debería fundarse en una serie de causas que han quedado descartadas, en concreto, que la actora no fuera correctamente informada sobre los riesgos del producto y que se contrató en base a unos datos económico-financieros que no reflejaban la imagen fiel del emisor de las acciones. Insistiendo en la idea de que el

producto está al alcance de consumidores y minoristas y de que Bankia proporcionó a la cliente una copiosa información precontractual y las cuentas de la entidad eran adecuadas a la situación normativa y contable del momento de su publicación.

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

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

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 el actor D. con la información real a buen seguro no habrían adquirido las acciones. No es imputable al demandante 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.

Sobre dichas consecuencias y para el hipotético caso de que se confirmara por este Tribunal la anulación del contrato, pretende la recurrente que no se le imponga el abono a la actora de intereses del importe de la inversión y ello porque las inversiones en Bolsa no se

puede asegurar ni principal ni rentabilidad, por lo que se imposición supondría un enriquecimiento injusto para la segunda.

El motivo, más bien submotivo, no puede prosperar pues el juzgador no ha hecho otra cosa que aplicar de un modo literal el art. 1303 del Código Civil, que al regular los efectos de la anulación del contrato, no se limita a imponer la restitución de la cosa y el precio, sino que obliga también a restituir los frutos de la primera y los intereses del segundo.

**SEXTO.-** Improcedencia de la acción de responsabilidad por daños y perjuicios.

De cuanto se ha razonado en los anteriores fundamentos se deduce la procedencia de confirmar la estimación de la acción ejercitada de un modo principal en la demanda, esto es, la de anulabilidad del contrato, lo que hace innecesario entrar en el análisis de cuantas cuestiones se suscitan en el recurso en relación con la acción de exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de supuestos incumplimientos por parte de la demandada recurrente.

**SEPTIMO .-** 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.

## FALLO

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Javier Suárez-Quiñones Fernández, en nombre y representación de la entidad mercantil “BANKIA, S.A”, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ponferrada, en fecha 13 de octubre de 2015, con Auto de aclaración del día 14 del mismo mes, en los autos de Juicio Verbal nº 467/2015 de dicho Juzgado, que fueron elevados ante Audiencia Provincial el 5 de enero de 2016, la **confirmando** 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 la presente resolución, dictada en un juicio verbal en que el Tribunal se ha constituido con un solo magistrado, no cabe recurso alguno, por lo que se declara firme.

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, la pronuncio, mando y firmo.