

Rollo nº 000397/2015
Sección Séptima

SENTENCIA Nº 264

SECCION SEPTIMA

Ilustrísima Señora Magistrada:
Dª PILAR CERDÁN VILLALBA

En la Ciudad de Valencia, a diecinueve de octubre de dos mil quince.

Vistos, por la Ilma. Sra. **Dª PILAR CERDÁN VILLALBA**, Magistrada de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Verbal - 000245/2015, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 5 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandada - apelante/s BANKIA SA, representado por el/la Procurador/a D/Dª ELENA GIL BAYO, y de otra como demandante - apelado/s -----, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. JUAN JOSE ORTEGA GARCIA y representado por el/la Procurador/a D/Dª FCO. JAVIER BLASCO MATEU.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 5 DE VALENCIA, con fecha 2 de abril de 2015, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda formulada por Dª. ----- contra BANKIA SA, declarando la nulidad del contrato de adquisición de acciones suscrito entre Dª. ----- y Bankia SA, debiendo esta última reintegrar a la parte actora los 4.998,75€ percibidos por la compra de las acciones junto a los intereses legales generados desde la fecha de adquisición, mientras que Dª. ----- deberá hacer devolución de los títulos percibidos con los dividendos que le hubieren

sido abonados. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 19 de octubre de 2015 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.-En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se formula por la parte demandada BANKIA S.A, contra la sentencia que estimó la demanda de juicio verbal contra ella interpuesta por D^a ----- declarando la nulidad por mediar vicio del consentimiento en la suscripción por ésta en fecha 4-7-2011 de la compra de acciones de aquélla la que condena al pago de 4.998,75 euros euro como restitución del importe de la adquisición, más los intereses legales desde la fecha del contrato y al de las costas.

Se basa el recurso en lo siguiente: 1) Vulneración del art.217 de la LEC y de los arts. 1266, 1269 y 1270 del CC al incumbir a la actora la carga de probar la carencia de su parte de solvencia al tiempo de salir sus acciones a Bolsa y la de que incurrió en vicio del consentimiento por error o dolo al suscribirlas en base a una información contable falsa o errónea, carga que no ha cumplido y que se invierte en contra de su parte que además ha acreditado los hechos contrarios según la orden de compra, el folleto informativo de la emisión y el test de conveniencia que aporta en los que se le prestó la información adecuada de la misma y de sus riesgos y puso a su disposición los estados financieros resumidos consolidados y auditados del Grupo Bankia a 31-3-2011, que se han acreditado pericialmente veraces a su salida bolsa con advertencia de los riesgos del sector y siendo la reformulación realizada en el 2012 no de esos estados si no de las cuentas del 2011; 2) Vulneración del art.209.3 de la LEC en relación con el 24 de la CE por incongruenciay falta de motivación al aplicar el criterio seguido por otras sentencias dictadas en otro litigio no firmes que aprecian error en la compra sin referencia concreta al presente y a las pruebas en él practicadas; 3) Subsidiariamente a la desestimación de la demanda que derivaría de acoger los anteriores motivos y de entender que esa información falsa medió,por prejuicialidad penal se habría debido suspender y se ha de suspender este litigio porque los hechos que son su objeto lo son también de las Diligencias Previas 59/2012 seguidas en el Juzgado de Instrucción Central nº 4

de Madrid concurriendo los requisitos de los arts. 10.2 de la LOPJ, 11 y 114 de la LECrim y 40 y ss de la LEC.

La actora se opuso al recurso se opuso al recurso por los fundamentos contrarios y por los propios de la sentencia.

SEGUNDO.- Se da por reproducida la fundamentación jurídica de la resolución de instancia en un todo, con revisión de las actuaciones, pruebas practicadas, de su valoración, y de las normas y doctrina aplicables y que se dicen infringidas en los motivos del recurso en esencia para responder a éstos y con remisión a lo dicho en las sentencias dictadas por esta misma Sección en sendos litigios iguales al presente de fechas 22 y 23 de junio del 2015, Rollos 215/2015 y 273/2015, sobre la base de que en tal recurso no se concretan aquellas pruebas específicas practicadas en éste que afirma indebidamente apreciadas si no que se limita a alegaciones sobre las ya realizadas en aquéllos resueltas en tales sentencias.

En la última resolución citada se dice en sus Fundamentos"

1) Como normas y doctrina citamos las siguientes .

-Para fijar el ámbito de este recurso el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, dice <<La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.>>

El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de febrero de 2009, dictada en el recurso de Casación 794/2003, Pte Marín Castan, Francisco, nos dice: <<Esto es así porque, como en infinidad de ocasiones han declarado esta Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante".

Es reiterada la jurisprudencia según la cual: "... en el recurso de apelación deben reputarse cuestiones nuevas las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegaciones y es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual tal recurso no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, pues aunque permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" a que se alude...."(entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de

julio y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de julio de 1997).

-Sobre la incongruencia como motivo de orden procesal, reiterada Jurisprudencia (STS de 31-5-01 y 27-9-01), viene a establecer que la misma se produce por alteración de la "causa petendi", por apreciación de una excepción determinante del fallo no alegada y no apreciable de oficio, o por rebasar los límites del principio "iura novit curia", sin que quepa confundir aquélla con la falta de motivación, o motivación defectuosa, y que la misma se da cuando en el Fallo se otorga algo distinto de lo pedido en el suplico de la demanda.

Al igual nuestra jurisprudencia señala (STS de 14-2-00) que no es necesaria la ordenación sistemática de los hechos si éstos resultan con claridad de la sentencia impugnada, aún explicitados en los fundamentos de Derecho. La motivación de la sentencia no puede confundirse, además, con la ubicación, dentro de la sentencia, de los hechos probados o inferidos como probados, sino con la explicación razonable de las decisiones que se adoptan tanto respecto de la valoración de la prueba como de las normas que se aplican, sin que sea precisa una exhaustividad en la consideración de todo el material instructorio, cuando de las propias premisas que orientan el fallo la dicha tarea resulta inútil, por inconducente, con el caso debatido.

Por su parte la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias de 14-6-99 y 4-12-97), establece que la incongruencia que determina indefensión es causa de nulidad de la sentencia que incurrió en la misma y de amparo por el Tribunal, que se incluye en dicho vicio tanto la "extra petita" como la "ultra petita" como la incongruencia omisiva, que no debe confundirse con la desestimación tácita ni la implícita, y que tal indefensión se produce sólo con que la incongruencia constitucionalmente relevante, la, que altera totalmente los términos del debate procesal, sea sorpresiva, se produzca en condiciones tales que impida alegaciones al respecto por las partes.

Como normas afectantes a este vicio procesal cabe citar el Artículo 209 de la LEC "Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias. Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas: 1.ª En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio. 2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso. 3.ª En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de

dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. 4.^a
El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley".

Su Artículo 216 sobre el principio de justicia rogada, que dice <<Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales", y su art. 218 sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias y su motivación que dice: "1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".

-En lo que atañe a la carga de la prueba la regula el Art. 217 de la LEC, su apartado 1 dice que cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. que en su apartado 2 impone al actor la prueba de la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconvención, y al demandado en éstas la de los que impidan extingan o enerven la eficacia de los primeros y su apartado 6 señala que la regla general de su nº 1 no impide que el Tribunal, tenga en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes

en el litigio.

Sobre esta facilidad probatoria es reiterada Jurisprudencia del TS la de que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adoptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 1994 EDJ 1994/1077, 30 de julio de 1999 EDJ 1999/18417 y 17 de octubre de 2002); y el Tribunal Constitucional, en sentencia número 227/1991 EDJ 1991/11318, ha declarado que, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la CE EDL 1978/3879) conlleva a que dicha parte es quién debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad; igualmente, en SSTC números 98/1987 EDJ 1987/97 y 14/1992 EDJ 1992/1213, afirma que los Tribunales no pueden exigir a ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 de la CC EDL 1978/3879, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa; y, finalmente, aparte de otras, en SSTC de 17 de enero de 1994 EDJ 1994/152, 17 de julio de 1995 EDJ 1995/3564, 28 de febrero de 1997 y 26 de julio de 1999, ha sentado que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza.

La carga de la prueba en relación con el caso según nuestro criterio señalado en la sentencia dictada por esta misma Sala en el Rollo 363/2014 de 29-10-2014 se rige según sus Fundamentos por los siguiente: "...-Entrando en la normativa y doctrina que directamente atañe al caso y ya concretando la carga de la prueba en relación con las cuestiones en él suscitadas, la segunda viene a señalar que la del vicio del consentimiento conforme al art. 217 referido incumbe a quien lo alega y, por lo que se refiere al cumplimiento del deber de información que tienen las entidades que actúan en el mercado de valores, la misma se invierte dado que éstas habrán de probar su existencia y, en caso de ausencia de los test de idoneidad y de conveniencia opera la presunción de que esa información no existe..."

Concreta lo anterior la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña Sección: 4, Nº de Recurso: 191/2014, Nº de Resolución: 267/2014, de fecha 01/09/2014, Ponente: CARLOS FUENTES CANDELAS, que a su vez cita la del STS 354/2014, Nº de Recurso: 879/2012, Nº de Resolución: 840/2013, Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, que a su vez cita la del TS en pleno de 20-1-2014 y la más reciente de éste 7-7-2014, que en sus Fundamentos dice "PRIMERO.- Interpone la demandada NCG Banco recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de refuerzo de A Coruña de

19/2/2014 que, estimando la demanda de la Sra. Constanza, declaró la nulidad de las órdenes de suscripción de participaciones preferentes..., por cuanto la actora habría prestado su consentimiento viciado procedimiento error al no haber sido debidamente informada, conforme a la legislación vigente, de las características y riesgos de la operación financiera.. SEGUNDO .-...En el plano de la información al inversor, ya el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado, pero, desde luego, los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (en su redacción procedente de Ley 47/2007) y los arts. 58 a 76 del RD 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión imponen, en transposición de la conocida como Directiva MIFID (Directiva 2004/39, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, Markets in Financial Instruments Directive), unos requisitos muy rigurosos a las entidades que prestan servicios de inversión para que los clientes puedan formar su juicio con todos los elementos necesarios antes de decidirse a contratar. En dichas normas (...) se trata de profundizar en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras, correspondiendo, desde luego, la carga de la prueba de que la información precontractual se ha facilitado de forma completa y correcta a la entidad obligada....Las obligaciones de información precontractual se desarrollan detalladamente en el nuevo art. 79 bis LMV. Destaquemos, especialmente que toda la información dirigida a los clientes, incluso la publicitaria, ha de ser imparcial, clara y no engañosa (art. 79 bis 2 LMV), siendo tenida como tal la que destaque los beneficios potenciales de un producto financiero sin indicar también los riesgos que entraña, no pudiendo ocultar, encubrir o minimizar ninguna información importante (art. 60 RD 417/2008).... La diligencia exigible a la entidad financiera no es, en el cumplimiento de estas obligaciones, la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (SAP Asturias de 16 de diciembre de 2010)....La reciente STS de 7 de julio de 2014 , proclama que: "Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 ..." y sigue razonando: "Conforme a esta línea jurisprudencial, cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y

para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008)". Y la citada STS del Pleno de 20 de enero de 2014, tras insistir en que "el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio", añade a continuación "pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error", argumentando más adelante que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y continúa su motivación: "Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". Más recientemente la STS 384/2014, de 7 de julio, lo refrenda, ratificando el criterio que venía adaptando este tribunal provincial en sus sentencias, cuando establece como ratio decidendi del caso sometido a su consideración, que: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente..."

-Respecto a la valoración de las pruebas, es reiterada la jurisprudencia que señala que el criterio valorativo de los tribunales de primer grado debe, por regla general, prevalecer, pero no es menos cierto que el expresado criterio, en principio prevalente, debe rectificarse en la segunda instancia cuando por parte del recurrente se ponga de manifiesto un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el "iter" inductivo del órgano de la primera.

Es al igual doctrina jurisprudencial la de que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de Jueces y Tribunales sentenciadores y no de las partes litigantes, a las que queda vedada toda pretensión de sustituir el criterio objetivo del órgano enjuiciador por el suyo propio, dado que la prevalencia de

la valoración realizada por éste obedece a la mayor objetividad que la de las partes, pues sus particulares y enfrentados intereses determina la subjetividad y parcialidad de sus planteamientos (S.T.S. 1 marzo de 1994, 20 julio de 1995).

De estas pruebas, la pericial, se ha de valorar según las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) la prueba pericial, es decir , tomando en cuenta su ajuste a la realidad del pleito y sus peticiones, la relación entre el resultado de esa pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, sin estar obligado a sujetarse a la misma, y sin que se permita la impugnación casacional por esta valoración a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (entre otras, SSTS de 13 de febrero de 1990 EDJ1990/1415 y 29 de enero de 1991 EDJ1991/802, 11 de octubre de 1994 EDJ1994/7987 y 1 de marzo de 2004 EDJ2004/7010).

La prueba documental en lo que aquí afecta el art.326 de la LEC regula la fuerza probatoria de los documentos privado y dice": 1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. 2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica".

-Ya sobre el caso y como primera sentencia dictada por esta AP sobre la suscripción de acciones de BANKÍA en las mismas condiciones que aquélla cuya nulidad se insta en la presente demanda se ha de citar la que reseña la juez de instancia de la Sección:9, N° de Recurso:751/2014, N° de Resolución:381/2014 de 29/12/2014, Ponente:GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA que en sus Fundamentos y en lo que se refiere a lo que es objeto de este recurso señala : "FUNDAMENTOS JURÍDICOS.PRIMERO. Claudio y Claudia plantearon demanda contra Bankia SA solicitando la nulidad del negocio jurídico de adquisición de unas participaciones preferentes por importe de 7.800 euros, canjeadas con posterioridad por unas acciones de Bankia y en la adquisición -en fecha de 19/7/2011- de unas acciones emitidas por la demandada por importe de 4.425 euros por concurrir vicio de error y/o dolo en la prestación del consentimiento. La sentencia del Juzgado Primera Instancia estimó la nulidad de las órdenes de compra de las participaciones preferentes y su canje posterior, si bien desestimó la pretensión anulatoria de la adquisición de las acciones al no concurrir error y dolo en la prestación del consentimiento por ser un instrumento financiero no complejo; estar negociadas en un mercado regulado con un funcionamiento y riesgos propios sobradamente

conocidos; no acreditarse que la información suministrada fuera inadecuada e incorrecta y que, aún en este último caso, ello no sería objeto del presente procedimiento. Se interpone recurso de apelación por la parte demandante, ceñido exclusivamente al pronunciamiento desestimatorio respecto a la adquisición de las acciones, invocando, en esencia y sumario, el error de valoración de la prueba sobre la información facilitada por Bankia SA y concurrir los requisitos para apreciar el error y dolo como vicios en el consentimiento, solicitando la revocación parcial de la sentencia y que este Tribunal declare la nulidad del contrato de adquisición de las acciones efectuada en fecha de 19/7/2011 y la declaración de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones, condenando a Bankia SA a devolver a los actores 4.425 euros en concepto de principal más los intereses legales devengados desde la fecha de formalización del contrato; Subsidiariamente, con revocación parcial de la sentencia se pide al Tribunal declare la obligación de Bankia SA de indemnizar a los actores en la cuantía de 4.425 euros en cumplimiento de lo establecido en el artículo 36 del RD 1310/2005 y artículos 10 , 17 y 19 del RD 1362/2007 en relación con el artículo 28 de la Ley Mercado de Valores , en relación con el artículo 1101 del Código Civil más los intereses legales que correspondan.... TERCERO... Debe reseñarse por su trascendencia que el error estructural del contrato se invocó en que el deber de información prestado por la demandada no fue adecuado porque la contenida en el Folleto informativo era inexacta y no real, aportando como soporte de tal aseveración una prueba pericial (Doc. 12 de la demanda emitido por los economistas D. Nuria García y D. Miguel Gálvez, interviniendo este último en el acto del juicio), explicitando que la emisión de acciones se informa respecto a una sociedad solvente y con beneficios y resultaba por su propias cuentas que era una sociedad con pérdidas. La Sala, en tal tesitura, tras el preceptivo juicio revisorio (artículo 456-1 Ley Enjuiciamiento Civil), no encuentra ajustada a derecho la motivación de la sentencia recurrida (FD. NOVENO), no comparte la misma y además aprecia un claro error en la valoración probatoria. Ello por las siguientes razones;1º) Es evidente que como norma general en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una "acción" de una sociedad anónima (hecho no desconocido por los actores, al contrario, admitido por la parte apelante), su riesgo y el modo de fluctuar su valor -volátil a tenor del precio fijado por el propio mercado-, pero fácilmente accesible; pero todo ello no resta a que la información del folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública que es el caso presente, es un dato fáctico transcendental y debe ostentar los requisitos fijados supra y esto precisamente es obviado por la Juez de Instancia, cuya motivación tendría cabal sentido en la compra de acciones emitidas y cotizadas en el mercado secundario que no es el supuesto que se somete a consideración en el presente procedimiento. 2º) Que el proceso de salida a emisión y suscripción pública de nuevas acciones, esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público (CNMV), en modo alguno

implica que los datos económicos financieros contenidos en el folleto (confeccionado -es de advertir- por el emisor y no audita ni controla dicha Comisión) sean veraces, correctos o reales. El mentado organismo supervisa que se aporta la documentación e información exigida para dicha oferta pública, pero en modo alguno controla la veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, conforme al artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores. 3º) El reproche de la sentencia del Juzgado Primera Instancia a los actores sobre haber adoptado una mayor diligencia, no resulta admisible, dado encontrarnos ante la suscripción de emisión de acciones nuevas por oferta pública, donde se divulga un folleto informativo con unos datos esenciales sobre la situación financiera y riesgos de la emisora, sin que sea exigible de manera alguna la labor de investigación o comprobación de tales datos, como premisa para posteriormente decidir si se invierte o no; pues, caso contrario, estaríamos dando prevalencia a una desconfianza en el propio sistema, totalmente contrario, precisamente, a todo el proceso de control y supervisión fijado por la Ley, generador de la confianza y seguridad jurídica en el inversor. 4º) Que la información económico financiera real y verdadera de la emisora y por tanto la imagen económica y solvencia real, no fuese la informada en el folleto de la oferta pública de suscripción, no puede ser ajeno a este proceso dada la acción de nulidad entablada desde la óptica del error como vicio en el consentimiento. Estando en contratos de inversión y en concreto de suscripción de nuevas acciones de las sociedades anónimas, donde el beneficio que se espera o desea obtener, por norma general, es el rendimiento o dividendo, resulta obvio no ser ajeno a dicho deseo o causa, que tal sociedad emisora obtenga beneficios que motivan tal rendimiento a que esté en pérdidas que excluyen el mismo. 5º) La afirmación de la sentencia recurrida de que no se acredita que la información otorgada no fue correcta y adecuada, es claramente errónea, no apreciándose de forma correcta el resultado probatorio que precisamente demuestra lo contrario como a continuación se pasa a exponer. CUARTO. La corrección, exactitud y veracidad del contenido del folleto de emisión de la oferta pública de suscripción de las acciones de Bankia SA. El Tribunal debe poner de manifiesto, de entrada, como viene reiterando de forma continuada, que el cumplimiento del deber de información corresponde acreditarlo a la parte demandada, mas cuando el mismo está regulado legalmente y la acreditación del error como vicio en el consentimiento corresponde a quien insta la nulidad del contrato. Si bien no consta aportado a autos el folleto de la emisión de las nuevas acciones de Bankia SA (aún no desconociendo la Sala su registro público y acceso al mismo), con la demanda se aporta un informe pericial referido supra, al que la Sala otorga plena validez probatoria conforme al artículo 348 de la Ley Procesal civil , habiendo los peritos examinado las cuentas sociales auditadas, aprobadas y depositadas de Bankia SA del ejercicio 2011,- en concreto la cuenta de resultados de dicho ejercicio- y comparan con los datos informativos

del resumen-folleto, concluyendo con la sustancial diferencia entre los beneficios publicitados en el folleto (309 millones de beneficios) frente a lo que se consignan en las cuentas anuales (3.030 millones de pérdidas reales), datos fácticos, por otra parte, no discutidos por la entidad demandada. Además, el autor (Cesareo) de tal dictamen pericial intervino en el acto del juicio poniendo de manifiesto a tenor de esos datos la ocultación en el mentado folleto de las pérdidas reales efectivas de la entidad Bankia SA. Debe este Tribunal resaltar que estamos ante el mismo y único ejercicio social, 2011, de Bankia SA y el folleto está registrado y publicitado a mediados de 2011 y el resultado final contable auditado de ese ejercicio, aprobado definitivamente y depositado públicamente, es radical, absoluta y completamente diferente y diverso de lo informado y divulgado en el folleto. Con estos datos objetivos, junto con la pericial comentada y valorada, es evidente la enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral) revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio (artículo 281-4 Ley Enjuiciamiento Civil)-por conocimiento absoluto y general- que la entidad demandada solicitó, pocos meses después de tal emisión, la intervención pública con una inyección de una más que relevante cantidad de capital, so pena, de entrar en concurso de acreedores. Por consiguiente, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011, determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor, no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicitada y divulgada, ni la situación económico financiera real, y en todo caso, dados esos dos datos objetivos incontestes y la pericial practicada, demostrativos, en resumen, de la incorrección e inveracidad, amen de omisión, de la información del folleto en tales datos, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado no impugnar esos datos objetivos) que a época de oferta pública los datos publicitados eran correctos y reales, extremo no ocuriente. Evidente es que no basta -como alega y pretende la demandada- cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno y ello respecto a los beneficios y pérdidas de Bankia se ha demostrado que lo informado no era real. La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores. No establece la Directiva 2003/71 del folleto, -fuera de la orden de su artículo 25 en la imposición de las sanciones y medidas administrativas apropiadas-, el régimen de responsabilidad civil por esa vulneración, dejándola a la regulación del derecho interno de cada estado miembro (así además declarado en la sentencia del TJUE de 19/12/2013 -Sala

Segunda- asunto Inmofinanz AG, C-174/2912 sobre un caso de adquisición de acciones de una sociedad con vulneración de tal Directiva) y por ello concluye que no es contrario a la Directiva 2003/71/CE (y otras), una normativa nacional que en la transposición de la misma: ".. establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas por estas Directivas y, por otra parte, obliga, como consecuencia de esa responsabilidad, a la sociedad de que se trata a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas".Por consiguiente, como se ha expuesto supra, frente a la acción específica de daños y perjuicios, fijada en el artículo 28-2 de la Ley del Mercado de Valores , nada empuja a que tal vulneración pueda sustentar una acción como la presente de nulidad por vicio del consentimiento con la restitución de las prestaciones sustentada en la normativa del Código Civil, en cuanto integre los requisitos propios de la misma. A los efectos de la acción ahora entablada, nulidad por error en el consentimiento, no se exige, la premisa de sentarse una falsedad documental o conducta falsaria por la emisora o sus administradores, pues para la protección del inversor, en esta sede civil, a tenor de la normativa expuesta, basta con que los datos inveraces u omitidos en el folleto, determinantes de la imagen de solvencia y económico-financiera de la sociedad, hubiesen sido esenciales y relevantes para la perfección contractual.QUINTO. El error esencial como vicio del consentimiento y motivo de nulidad del contrato En la aplicación del artículo 1265 y 1266 del Código Civil , reguladores del error como vicio del consentimiento contractual, el Tribunal Supremo, en su exégesis ha establecido como muestra la sentencia de 21/11/2012 dictada en productos de inversión, << Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996 de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea>> Complementan dicha sentencia a la que también citan, las sentencias del Alto Tribunal de 29/10/2013 y 20/1/2014 explicitando; << 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. >> En cuanto a los requisitos para que estemos en el vicio estructural las mentadas sentencias lo resumen en << Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida>>. Teniendo presente tal doctrina legal y jurisprudencial, aplicada al supuesto de hecho que enjuiciamos, concurren, todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio estructural del negocio de suscripción de las acciones. No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones;1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales. 2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-millonarias. 3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento. 4º) El requisito de excusabilidad es patente: 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 inversor. Por las consideraciones expuestas, la aplicación del artículo 1265 y 1266 en relación

con el artículo 1300 del Código Civil , conlleva a estimar la acción de nulidad planteada sobre las acciones adquiridas en fecha de 19/7/2011, resultando innecesario analizar la concurrencia del dolo contractual...".

Al igual reseñamos sobre la misma materia la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección:1, N° de Recurso:19/2015, N° de Resolución:16/2015 de 09/02/2015, Ponente:MIGUEL ANGEL CALLEJO SANCHEZque en sus Fundamentos dice "TERCERO.- En cuanto a la petición principal del recurso, esto es, sobre la desestimación de la demanda por no encontrarnos ante ningún supuesto de nulidad, también ha de ser desestimada. Bankia no reflejaba la realidad en sus cuentas de 2011 ya que manifestó tener unos beneficios de 309 millones de Euros, cuando el 25 de Mayo de 2012 las cuentas fueron auditadas por la CNMV dando un resultado negativo de 3031 millones de € en diciembre de 2011 y además igualmente es de destacar que conforme refleja el doc. nº 3 aportado en el Acto del juicio consistente en el informe emitido por el Banco de España sobre la materia titulada "Proceso de recapitalización y reestructuración bancaria" de fecha 28 de septiembre de 2012 consta en el apartado correspondiente a necesidades de capital de los grupos bancarios analizados en el grupo Bankia-BFA incluso en un escenario base -se entiende que el normal o no adverso- precisaría de 13.230 millones de euros. Por lo anterior, la información contenida en el documento informativo dirigido al posible adquirente de acciones contenía datos que no se ajustaban a la verdadera situación económica de Bankia, por lo que, de haberlo sabido nadie hubiera comprado las acciones por lo que de conformidad con los art. 1.265 y 1300 C.Civil cabe declarar la nulidad del contrato y ello por falta de consentimiento, pues el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1.265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1.266 del mismo Códigoque en lo relativo al error sobre el objeto señala que: "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".Además ha de añadirse la realidad conocida y pública, esto es, que la deuda de Bankia superaba con mucho en 2011 los 13.000 millones, razón por la que se instó la correspondiente querrela contra los directivos...".

-En lo que se refiere a la prejudicialidad invocada como motivo subsidiario de apelación este mismo la última sentencia citada de la AP de Ávila dice en su Segundo Fundamento"SEGUNDO.- Respecto al primer motivo del recurso en el sentido de que se declare la nulidad de lo actuado por la existencia de prejudicialidad penal. Señala la recurrente que en este caso, es evidente que si la jurisdicción penal declarara que el hecho investigado en que se basa la demanda rectora del presente procedimiento, según la propia Sentencia, no existió, esto es que la información contable incluida en el folleto con ocasión de

la salida a bolsa de Bankia se ajustan a la realidad y reflejan su imagen fiel, ese pronunciamiento fáctico tendría una influencia decisiva en este procedimiento, sin que el Juzgado a quo pudiera haber omitido dicha declaración a la hora de valorar o no la concurrencia del presupuesto fáctico de la demanda. Dicen que los hechos que sirven de base a los delitos que investiga el orden penal son exactamente los mismos que sirven de base pretensiones que ejercita la actora en su demanda. Se ha de estar a lo resuelto en 1ª instancia cuando se dice que la cuestión de la posible responsabilidad penal en que se pueda haber incurrido por los hechos que son objeto de investigación en el Juzgado Central de Instrucción nº 4 en Diligencias Previas nº 59/2012 resulta indiferente, pues con base en el conjunto probatorio reseñado y en general el resto de prueba documental obrante en autos cabe resolver sobre el fondo del asunto sin necesidad de suspender el presente proceso civil y estar a la resolución definitiva que en su momento recaiga en aquel procedimiento penal o su derivado. En nada tiene que ver el procedimiento penal que enjuicia a los directivos de Bankia con lo que se conoce aquí. Conforme al art. 40.2 L.E.Crim. la decisión que allí se adopte sobre la responsabilidad penal de sus directivos, nada tiene que ver sobre la petición de nulidad de un contrato celebrado por un particular con Bankia".

Esta misma Sección desestimó la misma prejudicialidad en el auto dictado en el Rollo 496/2014, nº 2 1 7 de 1-12-21014, ponente Dª MARIA IBAÑEZ SOLAZ que en sus Fundamentos dice "PRIMERO.- A) La parte actora ejercita la acción de nulidad contractual (Art.1300 CC) por dolo o alternatively error en el consentimiento o incumplimiento radical de normas imperativas en la suscripción en fecha 19-7-2011 de 20.000 "Acciones Bankia" por oferta pública de venta, operación nº 813000404650049 de 40.000 euros de nominal por un importe de 75.000 euros. Se formalizó en fecha 18-7-2011, con un precio por acción de 3,75 euros y en un contexto en el que Bankia S.A. y el Banco Financiero y de Ahorro S.A.(BFA) ofrecieron una publicidad que garantizaba su buena evolución y sólida solvencia patrimonial, correspondiéndose los datos ofrecidos con aquellos que se habían presentado tanto al Banco de España como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Sin embargo poco después dicha entidad tuvo que ser intervenida por el por el Banco de España precisando de una ayuda del estado de 33.000 millones de euros, sufriendo sus acciones una caída del 82%. Es más, mientras que sus administradores en fecha 6-10-2012 anunciaron el reparto de 152 millones de euros del resultado del ejercicio de 2011, (252 millones de euros de beneficios) escasos días después reformularon las previas cuentas e incluyeron en la "Cuenta de Pérdidas y Ganancias" unas pérdidas de 3.030 millones de euros. La adquisición de acciones por el demandante se produjo con previo engaño de Bankia de su verdadera situación económica, patrimonial y financiera. Bankia no había atendido las reclamaciones efectuadas al respecto. En relación con la actuación descrita se había incoado causa penal, DP 59/2012 en el Juzgado

Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional. Aportaba como documentos al respecto: la suscripción (doc. 2) el tríptico publicitario de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia S.A. (doc. 3.1) el Folleto Informativo de fecha 29-6-2011 de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia S.A. inscrito en la CNMV (doc. 3.2) información de la Web del BFA sobre superación de las pruebas de stress en fecha 17-7-2011 (doc.4) resultados de Bankia del primer semestre de 2011 de fecha 27 de julio de 2011 que incluía la salida a Bolsa, las principales magnitudes financieras, cuenta de resultados, balance y liquidez, gestión de riesgo y solvencia, conclusiones finales y apéndices (doc.5) presentación de resultados del primer trimestre de 2013 de Bankia (doc.6) y resultados del primer trimestre de 2011 como dice el demandante al folio 5 de su demanda. Auto de fecha 4 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional incoando Diligencia Previa nº 59/2012 (doc.7) informe de Auditoria de Deloitte S.L. de 25 de mayo de 2012 (doc.8), cotizaciones de Bankia en la bolsa de Madrid entre el 20-7-2011 y 31-12-2013 de la Web de Invertia. com (doc. 9); reclamación extrajudicial (doc.10) comunicación del Servicio de Atención al cliente (doc.11). B) Por su parte, la demandada, Bankia S.A., al contestar a la demanda alegó como cuestión previa la prejudicialidad penal, al seguirse en el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional las Diligencias Previas 59/2012 sobre los mismos hechos, por lo que debía suspenderse la causa civil. Bankia considera que los hechos, los presupuestos y los documentos en que la parte actora sustenta la acción civil que ejercita coinciden en su totalidad con los hechos que están siendo investigados en dicho Juzgado. Alude a que la eventual falsedad de los estados e información contable utilizados para la salida a Bolsa de Bankia es presupuesto esencial e ineludible para poder determinar la nulidad de la suscripción de acciones que se insta a fundarse en la repetida falsedad y la alteración de la imagen fiel de Bankia. Por tal motivo y en aplicación de los Arts. 10.2 de la LOPJ, 114 de la Lecrim y 40.4 de la Lec debía suspenderse el procedimiento hasta la resolución de la causa penal. Aportaba como documentos...C) El Juzgado de 1ª Instancia tras la celebración de la Audiencia Previa dicta Auto en el que con cita genérica del Art. 40 de la Lec acoge la concurrencia de cuestión prejudicial penal ordenando la suspensión del procedimiento hasta que se acredite que el juicio criminal ha terminado se encuentre paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación. D) Recurre el demandante que niega la concurrencia de cuestión prejudicial penal. Alegó el interés jurídico pero también económico de la demandada en la suspensión habida cuenta de los numerosos procedimientos judiciales derivados de su venta de productos tóxicos como las preferentes o de la suscripción de sus acciones y la repercusión que la no paralización pueda tener en sus estados financieros; la irrelevancia de la existencia o no de responsabilidad penal ya que mientras que la misma exige dolo, ello no es exigible en el ámbito civil, en

el que es suficiente que se haya provocado error en el adquirente por una publicidad incorrecta sobre el estado económico financiero y patrimonial; añadiendo que la posible condena civil no afectaría a la seguridad jurídica o inmutabilidad de las sentencias si la contradicción se debiese a los distintos criterios informadores de las distintas jurisdicciones. E) Bankia reiteró sus argumentos en defensa de la prejudicialidad penal y la paralización del procedimiento civil. SEGUNDO.- La prejudicialidad penal en la jurisdicción civil se recoge en los siguientes: Artículo 10 LOPJ: "1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca." Artículo 114 Lecrim. "Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales. delito o falta." Artículo 40 Lecrim. "1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias: 1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. 3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia. 4. No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto. 5. En el caso a que se refiere el apartado anterior no se acordará por el Tribunal la suspensión, o se alzará por el Secretario judicial la que aquél hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él. Hecha la renuncia, se ordenará por el Secretario judicial que el documento sea separado de los autos. 6. Las suspensiones a que se refiere este

artículo se alzarán por el Secretario judicial cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación. 7. Si la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes."...Igualmente hay que tener en cuenta que la prejudicialidad debe ser interpretada con carácter restrictivo, de tal manera que solo se acceda a la suspensión cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal, sin que haya lugar a apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo por la resolución penal. Así la STS Sala 1ª de 30 mayo 2007, EDJ 2007/70090...CUARTO.-En el anterior contexto este Tribunal no comparte la decisión del juzgador de instancia de acoger la suspensión solicitada por Bankia por prejudicialidad penal en relación al delito de falsedad de cuentas del Art. 290 del CP que investiga (entre otros delitos) el Juzgado Central de Instrucción nº 4: Este artículo castiga a "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero" .En el supuesto que nos ocupa, Bankia ubica la prejudicialidad en la eventual falsedad de los estados e información contable utilizados para la salida a Bolsa de Bankia que se está investigando en la jurisdicción penal, lo que a su parecer es presupuesto esencial e ineludible para poder determinar la nulidad de la suscripción de acciones que efectuó el demandante. Vemos que efectivamente se denunció y se investiga penalmente si los consejeros de BANKIA y BFA distorsionaron las cuentas de ambas entidades, a fin de dar la impresión o crear la ficción de que su situación patrimonial era mejor que la realmente existente, lo cual les permitió mejorar los distintos ratios de solvencia y ganarse la confianza de los inversores en la salida a bolsa y en la subsiguiente cotización. Es posible que se haya cometido un delito de falsedad en los términos del Art. 290 del CP, por el que se sigue la referida causa penal. Esta posible falsedad, por lo que nos interesa en relación a los documentos efectivamente aportados por el demandante, vendría referida a los resultados económicos del primer semestre de 2011 que se plasman en el documento nº 5 de la demanda, y en el propio folleto informativo de la suscripción que se presenta a la CNMV que es el documento nº 3.2. Sin embargo dichos documentos, y su posible falsedad, aportados por copia, no se consideran decisivos para resolver sobre el fondo del asunto, pues a la vista del relato de hechos antes confeccionado resulta notorio que sin necesidad de ellos se puede tener por acreditada que la imagen

de solvencia que Bankia proyectó cuando efectuó su oferta de suscripción de acciones y su salida a bolsa en fecha 20-7-2011 no era correcta y no reflejaba su verdadera situación económica. Es decir aunque estos documentos (o incluso el resto de los aportados) no se hubiesen incorporado a la causa, la apariencia de errónea solvencia alegada por el demandante hubiese podido acreditarse por el hecho notorio referido a las diferentes actuaciones no solo de la propia Bankia y el BFA, sino también de las entidades públicas de control y regulación del mercado. Igualmente se hubiese desprendido por la divergencia entre la inicial publicidad del tríptico y el discurso de su presidente, Sr. Rato, el día de la salida a bolsa en relación a las nuevas cuentas reformuladas por el nuevo consejo de administración tras el cese del anterior. Lo mismo cabe decir de la acreditada y notoria situación de rescate financiero del día 25-5-2012. Y siendo esta apariencia de solvencia y fiabilidad de la suscripción de acciones lo que según el demandante le indujo a comprar acciones a un determinado precio el día 19-7-2011 consideramos que para resolver sobre la pretensión deducida no se precisa que recaiga sentencia en el orden penal que declare que las cuentas presentadas eran falsas, quienes sean sus autores y cuales sus responsabilidades penales o civiles. Es decir, si la imagen de solvencia que se ofreció por Bankia en junio de 2011, no se correspondía a la realidad, no es preciso que exista un previo pronunciamiento penal que determine que ello fue constitutivo de delito y que ello se debió única y exclusivamente por la falsedad de las cuentas del primer semestre de 2011. No puede desconocerse que el demandante está instando la nulidad de un contrato por dolo o por error en el consentimiento, o por incumplimiento radical de normas imperativas (folio 12 de la demanda), es decir está aludiendo a alguna de las posibilidades del art. 1265 del CC (Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo), y aunque el dolo, como vicio de la voluntad negocial, pueda venir determinado por una conducta insidiosa o maquinación maliciosa de tal entidad que pueda subsumirse en el art. 1270 del CC, el dolo civil no exige que la conducta sea constitutiva de infracción penal. En este sentido la STS Civil de 3 febrero 1981 (RJ 1981\347) alude a que: "lo resuelto en la esfera penal sobre la declaración de responsabilidad y la imposición de la pena, no son en sí mismas condición o presupuesto de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá en rigor afirmarse que exista autoridad de cosa juzgada en este otro ámbito, sino que la vinculación del juez civil a la sentencia condenatoria se manifiesta en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al debate civil cuando la controversia atañe a cuestiones distintas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, sentido en el cual enseña la Jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales civiles «en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga»..."Añadir que aceptar la suspensión que pretende Bankia

equivaldría a dictar una resolución desconectada de la realidad social que también se debe tener en cuenta como criterio de interpretación previsto en el Art. 3 del CC. La suspensión provocaría y haría dificultosa la pronta resolución, no solo de este caso sino del de otros muchos, en que por diferentes accionistas se compraron acciones de Bankia, máxime la fundada posibilidad de la larga y compleja tramitación de la causa penal, en contra de la claridad y perfecta delimitación del objeto de la pretensión deducida por el demandante en su contenido y efectos. Todo ello sin prejuzgar cual sea la decisión final del pleito. Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto, a lo que hay que añadir el criterio de aplicación restrictiva de la prejudicialidad penal, procede rechazar la prejudicialidad penal alegada por la demandada en este momento procesal y, por tanto, debe seguirse con la tramitación de la causa civil que nos ocupa, sin suspenderse...".

2) Procede ahora revisar las actuaciones y pruebas y la valoración de éstas en relación con cada motivo de recurso sobre las base procesal del citado artículo 465 de la LEC .

A) Primer motivo de recurso es la infracción del art.217 de la LEC

Esta infracción a la vista del tenor de esta norma y de la doctrina general sobre la carga de la prueba en casos similares no concurreya que, si bien es cierto que como se dice en el recurso la carga de probar el vicio del consentimiento incumbe a la actora y la de la prestación de una debida información incumbe a la entidad bancaria y de forma comprensible y adecuada, la falta de prueba de que ésta medió determina la existencia de tal vicio.

Así, se aportan como documentos 6 de la demanda y 12 de la contestación Folleto Informativo de la suscripción con estados financieros del GRUPO BANKIA auditados del primer trimestre del 2011, su balance de situación consolidado a 1-1-2011 y cuentas anuales auditadas del ejercicio 2010, como documentos 7 a 10 de la primera reformulación de estas cuentas en mayo del 2012 y como su documento 11 informe pericial.

Con la misma demanda se aportan como documentos 2 y 3 test de conveniencia del actor y en el de idoneidad en el consta que "no desea realizar el test" y aunque de esta ausencia ya devendría el incumplimiento de la demandada de la LMV lo esencial a los efectos del presente es que en la información del indicado Folleto, según dicha pericial y siguiendo el criterio que compartimos de la citada sentencia de la Sección 9ª de esta AP transcrita en parte antes y que se funda en otra pericial con el mismo objeto que la aquí practicada, existe una incorrección, inveracidad, inexactitud y errores contables sobre esos datos publicitados en el mismo que lleva a concluir que aquella información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios (anunciados en el repetido Folleto con una apariencia de solvencia) y las pérdidas (anunciadas en la reformulación de cuentas de unos meses

posterior y que desvirtúan esa solvencia publicitada) por lo que por BANKIA se vulneró la legislación del Mercado de Valores lo que determina, no que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que ese error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial ajeno a las características personales de quien lo sufre y constitutivo de un vicio del consentimiento que debe llevar a declarar su nulidad como siguiendo un iter lógico en la valoración de las pruebas concluye la juez de instancia.

A mayor abundamiento tampoco hubo información postcontractual porque Bankia además de no proyectar una imagen de solvencia real cuando salió a bolsa no informó a los accionistas de los acontecimientos posteriores a esa salida según se averó testificalmente en el juicio.

B) Segundo motivo de apelación es la incongruencia de la sentencia apelada con vulneración del art.209.3 de la LEC en relación con el 24 de la CE.

Este motivo al igual que el anterior tampoco se acoge porque, pese a que dicha sentencia no concrete las pruebas practicadas en esta litis si no que aplica el criterio de dicha sentencia de la Sección 9ª no firme dictada en otro litigio como al igual hemos hecho nosotros en el precedente, el objeto de ambos es igual y a ambos se han aportado, entre otras pruebas, Folleto Informativo de la suscripción con estados financieros del GRUPO BANKIA auditados del primer trimestre del 2011, reformulación de sus cuentas en mayo del 2012 e informe pericial de las que se induce que en la presente y con ese acervo probatorio según su apreciación conjunta y conforme a la sana crítica unido a la notoriedad del hecho enjuiciado se ha averado igualmente la disparidad de los beneficios anunciados y la enormes pérdidas que dicha entidad tenía al hacerse esa reformulación derivando todo ello en la citada inveraz información y correlativo error esencial del suscriptor.

En definitiva, la sentencia da una explicación razonable de la decisión que se adopta sin que sea precisa una exhaustividad en la consideración de todo el material instructorio, cuando de las propias premisas que orientan el fallo la dicha tarea resulta inútil, por inconducente, con el caso debatido por lo que se cumple el art.209.3 de la LEC .

C) Motivo subsidiario de recurso para el caso acontecido de desestimación de los principales es el de petición de suspensión de la presente litis por perjuicialidad penal porque los hechos que son su objeto relativos a la falsedad de la información de BANKIA son también de las Diligencias Previas 59/2012 seguidas en el Juzgado de Instrucción Central nº 4 de Madrid concurriendo los requisitos de los arts.10.2 de la LOPJ,11 y 114 de la LECrim y 40 y ss de la LEC .

Esta Sala ya se ha pronunciado en el auto de 1-12-2014 referido en el sentido de denegar esta suspensión porque, siendo la apariencia de solvencia y fiabilidad de la suscripción de acciones lo que según el demandante le indujo a

comprar acciones a un determinado precio para resolver sobre la pretensión deducida no se precisa que recaiga sentencia en el orden penal que declare que las cuentas presentadas por la demandada eran falsas, quienes sean sus autores y cuales sus responsabilidades penales o civiles sobre la base de que en su demanda fundada en aquella apariencia el mismo está instando la nulidad de un contrato por dolo o por error en el consentimiento lo que regula el art. 1265 del CC y el primero su art. 1270 que no exige que la conducta que lo implica sea constitutiva de infracción penal...".

TERCERO *.-En aplicación del anterior criterio el recurso se ha de desestimar por no concurrir ni prejudicialidad, ni incongruencia, ni una indebida valoración de las pruebas y por aplicación de la doctrina de los hechos notorios que regula el art.281 de la LEC, que al igual aplicamos en la sentencia de 15 de octubre del 2015 dictada por esta Sección en el Rollo 391/2015 en la que señalamos"como ya dijimos en el citado auto por el que se denegó la prejudicialidad en relación con lo debatido en este litigio , es un hecho notorio valorable con los demás averados ya expuestos y por ello acreditado en sí que la imagen de solvencia que Bankia proyectó cuando efectuó su oferta de suscripción de acciones y su salida a bolsa en fecha 20-7-2011 no era correcta y no reflejaba su verdadera situación económica,es decir aunque estos documentos no se hubiesen incorporado a la causa, esa apariencia de errónea solvencia alegada por el demandante hubiese podido acreditarse por aquel hecho notorio referido a las diferentes actuaciones no solo de la propia Bankia, sino también de las entidades públicas de control y regulación del mercado. Esta misma doctrina de los hechos notorios aplicada en la instancia también lo ha sido por este AP a los mismo efectos denegatorios de la prejudicialidad citados en el precedente, por su Sección:8,Nº de Recurso:287/2015, Nº de Resolución: 190/2015, sentencia de 23/06/2015, Ponente:JOSE LUIS GOMEZ-MORENO MORA.*

Al igual la Audiencia Provincial de Madrid, Sección:9, Nº de Recurso:357/2015, Nº de Resolución:346/2015, en sentencia de 23/07/2015, Ponente:JUAN ANGEL MORENO GARCIA aplica esta doctrina de los hechos notorios en una causa como la presente y señala "Como establece el artículo 281 de la ley de enjuiciamiento civil deben ser objeto de prueba los hechos que guarden relación con tutela judicial que se pretenda, estando exonerados de prueba los hechos admitidos por las partes, y los hechos notorios, entendiendo por tales aquellos hechos que gocen de notoriedad absoluta. Desde esta perspectiva es un hecho notorio que la entidad ahora apelante presentó unas cuentas para el año 2011, y hizo referencia en el folleto informativo de la oferta pública de acciones a una situación patrimonial, que fue modificada por la propia entidad reformulando dichas cuentas en las que frente a un resultado positivo se recogían pérdidas por más de 3.000 millones de euros, siendo también un hecho notorio que la entidad como consecuencia de esa situación de

insolvencia tuvo que ser rescatada y que fue objeto de importantes ayudas públicas. Desde esta perspectiva no cabe entender que la sentencia apelada infrinja ninguna doctrina, y menos el artículo 281 de la ley de enjuiciamiento civil, toda vez que la sentencia apelada no presume la existencia de ese falseamiento de la situación contable y financiera de la empresa de tales hechos, hechos que han quedado también acreditados por la amplia prueba practicada, y que no se discuten por la propia parte apelante, sino que en base a tales hechos la sentencia apelada deduce que no presume, que existió esa falsedad, desde un punto de vista civil, de la situación contable y financiera de la entidad, a los únicos efectos de examinar si se indujo al error o no al cliente a fin de que suscribiera las correspondientes acciones. El apartado tercero y cuarto del art. 281 LEC recoge la regla general de que no precisan ser probados los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, es decir, los hechos no controvertidos, excepción hecha de los procesos sustraídos a este principio ni los hechos notorios, entendiendo por tales los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. En cuanto a la jurisprudencia, en la STS de 12 de junio de 2007 en su F.J. Segundo se encuentra una definición del hecho notorio: "(...) la apreciación de notoriedad hace innecesaria la prueba, pues los hechos notorios (que según definición clásica son "aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba") no es preciso probarlos, y así lo vino reconociendo la jurisprudencia (SS., entre otras, 20 sept. 1988, 5 feb. 2001, 30 nov. 2004), y así lo establece la LEC 2000 en el art. 281.4 -"no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"-."

El Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios ha afirmado que: "(...) ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria non egent probatione (el hecho notorio no precisa prueba), a la que se refieren las SSTs 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007, dispone en el artículo 218.4 LEC que "no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general."

La "notoriedad absoluta y general ha sido interpretada con cierto rigor por la jurisprudencia, y así las STS de 4 de febrero de 1998 y de 11 de febrero de 2003 - entre otras -, han considerado que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso: "(...) han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero lo cierto es que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los

conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho - límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público..."

Por último, por la anunciada desestimación del recurso las costas causadas en esta alzada, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., se imponen a la apelante.

En su virtud, vistos los preceptos de legal y pertinente aplicación.

FALLO

Que con desestimación del recurso formulado por la representación procesal de BANKIA SA contra la sentencia de fecha 2 de abril del presente año, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia en los autos de Juicio Verbal 245-15, debemos confirmarla íntegramente. Todo ello, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la apelante.

Y a su tiempo con testimonio literal de la presente resolución, devuélvanse las actuaciones al juzgado de procedencia, para constancia de lo resuelto y subsiguientes efectos, llevándose otra certificación de la misma al rollo de su razón.

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

PUBLICACION.- Doy fé: la anterior resolución, ha sido leída y publicada por el Ilmo/a. Sr/a, Magistrado/a Ponente, estando celebrando audiencia pública, en el día de la fecha. Valencia, a diecinueve de octubre de dos mil quince.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el infrascrito Secretario, para hacer constar que, seguidamente, se notifique la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de LEXNET a los Procuradores Sres. **ELENA GIL BAYO y FCO. JAVIER BLASCO MATEU**, haciendo saber a las partes, que contra la presente resolución no cabe recurso alguno atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional en el plazo de VEINTE DIAS si en la resolución concurren los requisitos establecidos en los artículos 477-2-3º y 477-3 en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de 2011, y en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal y la necesidad de constitución de depósito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 Euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4506 abierta a nombre de éste Tribunal en el Banco de Santander, acreditando documentalmente dicho depósito. Doy fé.