

[Bankia condenada a anular la compra de 9.000 € en acciones](#)

## **Bankia condenada a anular la compra de 9.000 € en acciones**

SEP 23, 2016

La **Audiencia Provincial de Ávila** desestima en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por **Bankia**, ratificando la Sentencia dictaminada en por el **Juzgado de Refuerzo de Primera Instancia de Ávila**.

Dicha Sentencia declaraba **la nulidad de un contrato de compra de acciones de Bankia**, por importe de **9.000 euros**. Unas acciones adquiridas durante la salida a Bolsa de la entidad.

Declarando también **la nulidad de los contratos o documentos suscritos**, además de la obligación de las dos partes a restituirse de forma recíproca las cosas que hubieren sido materia de los contratos o su equivalente económico, con todos sus frutos e intereses.

La Sentencia explica de forma exhaustiva todos los hechos acaecidos desde que Bankia comenzó con **la campaña publicitaria para la adquisición de sus acciones**, hasta que ésta **fue intervenida por el BFA a través del FROB**, arrojando en ese momento **unas pérdidas que ascendían a 2,979 millones de euros**, cuando unas pocas semanas antes se ofrecía a los posibles accionistas como **una entidad totalmente solvente con 309 millones de euros de beneficio declarados**.

Lo que finalmente provocó que Bankia solicitase **una inyección de 19.000 millones de euros** para recapitalizar BFA, de los cuales **12.000 fueron para esa entidad**, de este modo Bankia obtuvo **un total de 23.465 millones de fondos públicos**, convirtiéndose en el mayor rescate de la historia de España, además de uno de los mayores de Europa.

Señala la Audiencia que de todo lo anterior se desprende que **la documentación informativa sobre las acciones de Bankia no reflejaba la realidad del patrimonio de la entidad**, sino que se trataba de **una pura invención dirigida únicamente a captar clientes**.

## **SENTENCIA**

### **AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN Nº 1 – ÁVILA**

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO:** 326/2016

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

**PRESIDENTE:** XXXXXXXX

**MAGISTRADOS:** XXXXXXXX y XXXXXXXX

En la ciudad de Ávila, a 19 de Abril de dos mil dieciséis.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario N° 430/2015, seguidos en el **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE REFUERZO DE ÁVILA**, RECURSO DE APELACIÓN N° 263/2016, entre partes, de una como recurrente la entidad financiera **BANKIA S.A.**, representada por la Procuradora D. XXXXXXXX, dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. XXXXXXXX, y de otra como recurrida D<sup>a</sup>. XXXXXXXX, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. XXXXXXXX y dirigida por el Letrado D. XXXXXXXX.

Actúa como Ponente, el lltmo. Sr. DON XXXXXXXX.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .– Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE REFUERZO DE ÁVILA, se dictó sentencia de fecha 1 de OCTUBRE de 2015, cuya parte dispositiva dice: «**FALLO:** Estimo la demanda formulada por la Procuradora D<sup>a</sup>. XXXXXXXX, en nombre y representación de XXXXXXXX contra **Bankia S.A.**, y en consecuencia:

**I:** Declaro la nulidad del contrato de compra de acciones, **por importe de 9.000 euros**, de fecha 11-07-2011. Ejecutado el 19-7- 2011.

**II:** Declaro **la nulidad de los contratos o documentos suscritos** o impuestos a tales fines.

**III:** Declaro la obligación de los contratantes de **restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia de los contratos o su equivalente económico**, con sus frutos e intereses; condenando a las partes a pasar por las anteriores declaraciones.

**IV:** Y todo ello con **la condena en costas de la sociedad demandada**«.

**SEGUNDO** .– Contra mencionada resolución interpuso la entidad financiera **BANKIA S.A.** el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892); se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

**TERCERO** .– En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **PRIMERO**

.- La recurrente alega:

1.- Infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) al invertir erróneamente la carga de la prueba del vicio de consentimiento haciendo recaer en la demanda hoy apelante las consecuencias de la falta de acreditación e su solvencia al tiempo de salir a Bolsa.

2.- Reglas de la carga de la prueba su aplicación en los procedimientos en los que se ejercitan acciones de nulidad relativa o anulabilidad por vicios de consentimiento.

3.- No cabe invertir en el demandado la prueba de vicio en el consentimiento ni de su presupuesto fáctico: la pretendida insolvencia de Bankia cuando salió a Bolsa.

4.- Conclusión de lo anterior, es la parte actora quien debe pechar con la falta de prueba de la solvencia de Bankia al tiempo de salir a Bolsa.

5.- Error y el dolo como vicios de consentimiento exigen acreditar de forma directa e indubitada la insidia o maquinación fraudulenta.

6.- Falta de prueba de falseamiento o irregularidad de la contabilidad elaborada para salir a bolsa e incorporada en el Folleto informativo con el fin de ocultar su verdadera situación patrimonial.

7.- Falta de prueba del error.

8.- Procedencia de la suspensión por prejudicialidad penal de la presente litis al conexas con las Diligencias Previas 59/2012 seguidas en el Juzgado central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, de conformidad con los artículos 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635), 110 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y 40 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## SEGUNDO

– En cuanto a la prejudicialidad penal alegada por la recurrente, la misma ya ha sido resuelta por Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de Diciembre de 2014, por lo que al mismo nos remitimos:

La prejudicialidad penal en la jurisdicción civil se recoge en los siguientes:

Artículo 10 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635):

«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 Lec .

«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:

1º 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.

2º 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, ajuicio 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 alzarán 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.»

La exposición de Motivos de la Ley dice sobre ello:

«En esta Ley, la prejudicialidad es, en primer término, objeto de una regulación unitaria, en lugar de las normas dispersas e imprecisas contenidas en la Ley de 1881.

Pero, además, por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal.

Así, pues, hace falta algo más que una querrela admitida o una denuncia no archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil. Mas si concurren todos los elementos referidos, dicho proceso no se suspende hasta que sólo se encuentre pendiente de sentencia.

Únicamente determina una suspensión inmediata el caso especial de la falsedad penal de un documento aportado al proceso civil, siempre que tal documento pueda ser determinante del sentido del fallo.

Para culminar un tratamiento más racional de la prejudicialidad penal, que, al mismo tiempo, evite indebidas paralizaciones o retrasos del proceso penal mediante querellas o denuncias infundadas, se establece expresamente la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de la dilación suspensiva si la sentencia penal declarase ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad.

Se prevé, además, el planteamiento de cuestiones prejudiciales no penales con posibles efectos suspensivos y vinculantes, cuando las partes del proceso civil se muestren conformes con dichos efectos. Y, finalmente, se admite también la prejudicialidad civil, con efectos suspensivos, si no cabe la acumulación de procesos o uno de los procesos se encuentra próximo a su terminación.»

Conforme a lo anterior la prejudicialidad penal como causa de suspensión de! proceso civil exige;

se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio.

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.

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.

En este caso el proceso civil se tramita hasta el momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia.

Pero también cabe la suspensión en cualquier momento sin esperar a la conclusión del procedimiento cuando:

Concurre la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

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 1º de 30 mayo 2007, EDJ 2007/70090:

«El art. 362 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) RDL 2000/77463 establece una norma de prejudicialidad penal, que es siempre devolutiva (art. 10.2 LOPJ EDL 1985/8754), pero, que aparte de ser de interpretación restrictiva (S. 11 jun. 1992 EDJ 1992/6153), exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito (Auto 24 nov. 1998, SS. 30 sept. 1940, 3 abri 1954, 10 mayo 1985 EDJ 1985/7340, entre otras).

El fundamento no es exclusivo cuando la resolución civil no depende de la decisión penal (SS. 11 junio 1992 EDJ 1992/6153 y 7 julio 1995 EDJ 1995/3479 -que dice «la acción impugnatoria de determinados acuerdos sociales, que es la ejercitada en el caso (y lo mismo ocurre en el presente proceso), puede resolverse perfectamente al no encontrarse condicionado o supeditado su fallo, a la suerte que hubiera de correr el penal entablado o el posible a entablar va que en ningún caso, la sentencia en el civil habría de fundarse en la existencia de un delito»-); y, por ello, cuando se pretende obtener la suspensión, para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil (A. 24 nov. 1998), pues sólo obliga a suspender la «exclusividad» expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil (S. 10 mayo 1985).

### **TERCERO**

En base a la documental aportada por el demandante y que la demandada ha asumido, a la propia documental de ésta, así como a la existencia de hechos notorios que no necesitan prueba, podemos efectuar un indiciado, breve y resumido relato de hechos necesario y suficiente para resolver lo que nos ocupa. Aclarando que los hechos notorios que utilizamos se permiten en el Art. 281.4 de la Lee al decir: «4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.» A ellos alude la jurisprudencia del TS entre otras en:

– STS, Civil sección 1 del 12 de junio de 2007 (ROJ: STS 4444/2007) en su FJ. 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 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) 2000 en el art. 281,4 -«no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general»-.

– STS, Civil sección 1 del 26 de abril de 2013 (ROJ: STS 2247/2013).

Este relato resumido sería en esencia:..

1º.– Con fecha de 28 de junio de 2011 la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFÁ y, posteriormente, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BANKIA, adoptaron los acuerdos necesarios para poner en marcha la salida a bolsa de BANKIA mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones (OPS).

2º.– Para ello confeccionó un tríptico publicitario (doc. 3.1) y emitió un «Folleto informativo» de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia SA, (doc. 3.2) registrado en la CNMV en fecha 29 de junio de 2011, presentando la operación como un reforzamiento de los recursos propios, a fin de realizar una «aplicación adelantada» de nuevos y exigentes estándares internacionales, que contribuiría a potenciar el prestigio de la entidad.

En el propio Folleto se indicaba que, debido a la reciente integración de las distintas Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios resumidos de «Grupo Bankia» correspondiente al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011.

3º.– Bankia salió efectivamente a bolsa el día 20-7-2011 L emitiendo 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros (en total 3,75 euros por acción), siendo la inversión mínima exigida de 1.000 euros. Implicaba una ampliación del capital de 1.649 millones de euros con una prima de emisión de 3.442 millones de euros.

4º.– Ese mismo día, 20-7-2011 el presidente de Bankia, Sr. Ceferino, efectuó un discurso en la Bolsa de Madrid afirmando que «estar hoy aquí es, en sí mismo, todo un éxito». Subrayó que «la salida al mercado de Bankia se ha considerado un punto de referencia del sector bancario español» y, tras dar las gracias a «los 347.000 nuevos accionistas de Bankia y a los 11 millones de personas que siguen depositando su confianza en nosotros», manifestó que «la salida a Bolsa es una decisión estratégica porque hace más fuerte a nuestra entidad y consolida su papel de liderazgo en la banca universal española».

A continuación, Don Ceferino se refirió a que BANKIA tenía «unas premisas de gestión muy claras, centradas en la solvencia, la gestión rigurosa de riesgos en todas las fases del ciclo y la eficiencia y austeridad de costes». Y añadió que «así es como Bankia pretende crecer y crear rentabilidad de forma sostenible y esto se traducirá en valor para nuestros nuevos accionistas».

Respecto a las premisas con las que partía Bankia, hizo referencia a que «**la solvencia, el talento, una gestión rigurosa de riesgos y una política eficiente en los costes**» eran las bases sobre las que partía la nueva andadura de la entidad financiera, que contaba con un posicionamiento «**de primer nivel**» una cuota de mercado del 10% y 281 mil millones de activos, «suficientes para acceder a los mercados financieros internacionales». **Este discurso fue ampliamente difundido en la prensa, radio, y en diferentes cadenas de TV.**



5º.– En fecha 21-11-2011 el Consejo de Administración de Banco de Valencia, SA, filial de Bankia, solicitó la intervención del Banco de España, lo que se llevó a cabo, **descubriéndose activos problemáticos por importe de 3.995 millones de euros** (el 18,5% del total), pasando así a ser el primer banco nacionalizado de los varios que lo serían después. Pasó a ser administrado por si FROB con el objetivo de estabilizarlo y recapitalizarlo y hacer posible una posterior enajenación a otra entidad mediante un proceso competitivo.

6º.– El 8-12-2011, la EBA (European Banking Authority) comunicó a través del Banco del España que las necesidades adicionales de capital para el «Grupo Bankia» se situaban en 1.329 millones de euros sobre datos de septiembre de 2011, que debían ser cubiertos a finales de junio de 2012. Atendiendo a dicha solicitud el 20-1-2012 el «Grupo BANKIA-BFA» presentó un Plan de Capitalización al Banco de España, previa su aprobación por el consejo de administración de BFA.

En dicho Plan se recogían las medidas de capital que iba a adoptar el «Grupo» para cubrir las necesidad de capital identificadas, que incluían la conversión de las participaciones preferentes del FROB en instrumentos de capital y otras medidas como la venta de activos no estratégicos y mejoras de los activos ponderados por riesgo.

7º.– No obstante, el mensaje que se seguía trasladando por Bankia y por si BFA a los inversores **era de máxima tranquilidad**. En el Hecho relevante comunicado por BFA a la CNMV el día 8-12-2011, expresamente se indicaba que la reciente ampliación de capital, con una captación de recursos de 3,092 millones de euros, hacía que la entidad se encontrara en un **«cómoda situación de solvencia»**.

8º.– Una vez pasado ya el plazo legal de presentación de las cuentas anuales aprobadas y auditadas por BANKIA y por BFA, Bankia procedió el 4-5-2012 a remitir a la CNMV las «Cuentas Anuales Individuales» correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011 y las «Cuentas Anuales Consolidadas» de dicho ejercicio, pero sin auditar y a través de un «hecho relevante».

En las citadas cuentas anuales se incluía, **un beneficio de 305 millones de euros** (304,748 euros exactamente) o bien **un beneficio de 309 millones considerando que las denominadas cuentas «pro forma»**, contemplan diversos ajustes realizados en el perímetro de negocio final. Dichos resultados eran, aparentemente, coherentes y consistentes con los resultados contables publicados de cara a la salida a bolsa e incluso con los resultados que la propia BANKIA había difundido respecto del tercer trimestre del ejercicio 2011, en los que la citada entidad informaba que el resultado atribuido al Grupo acumulaba 295 millones de euros en septiembre de ese año.

9º.– El día 7-5-2012, el entonces presidente de la entidad, dimitió y comunicó su intención de proponer a la Junta de BFA la designación del Sr. Fulgencio, **reiterando la confianza en la fortaleza de la entidad**.

**10º.**– Dos días después, el día 9-5-2012, ya nombrado Don. Fulgencio, éste **pidió la intervención del BFA** a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que adquirió el 100% de BFA y el 45 % de Bankia.

**11º.**– A pesar de la toma de control por parte del FROB y la renovación del equipo directivo de la entidad, la cotización de BANKIA seguía en caída, **llegando a perder por momentos más de un 30 % el día 17 de mayo.**

**12º.**– El día 25-5-2012, Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de unas nuevas cuentas Anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas, en las cuales **se reflejaban unas pérdidas de 2,979 millones de euros**, frente a los 309 millones de beneficio declarados, y sin auditar, **apenas 20 días antes.**

A la vista de la incertidumbre generada por estas nuevas cuentas y la caída de la cotización, a primera hora del viernes 25-5- 2012 **la CNMV suspendió la cotización de las acciones de BANKIA a petición de la propia entidad** (el día anterior había cerrado a 1,57 euros, menos de la mitad del precio de salida que fueron 3,75 euros por acción, el 20-7-2011).

En la tarde del mismo día Bankia **solicitó una inyección de 19.000 millones de euros** para recapitalizar BFA, matriz de BANKIA (de los que 12.000 serán para esa entidad). Estos 19.000 millones sumados a los 4.465 millones ya concedidos, ofrecían **la cantidad de total de 23.465 millones de fondos públicos**, convirtiendo este rescate **en el mayor de la historia de España y uno de los mayores de Europa.**

Los 4.465 millones de euros citados, eran el importe de participaciones preferentes que el FROB había suscrito y desembolsado en diciembre de 2010 cuando se creó el BFA y este aprobó la emisión de participaciones preferentes por tal importe, que después pasó a Bankia en mayo de 2011 autorizándose por el FROB que se convirtiesen en capital.

**13º.**– El partido político Unión Progreso y Democracia (UPyD), presentó una querrela frente a la mercantil Bankia SA. y al Banco Financiero de Ahorros SA. (BFA), y los consejeros de dichas entidades, que fue turnada al Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, que incoó por Auto de fecha 4-7-2012 (JUR 2012, 246388) las Diligencias Previas número 59/2012.

La querellante explicitando las diferentes conductas denunciaba la -omisión de diversos delitos por los querellados:

delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances, del artículo 290 del código Penal .

delito de administración desleal o fraudulenta del art. 295 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

delito maquinación para alterar el precio de las cosas del artículo 284 del Código Penal.

delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal.

Del Auto de incoación conviene destacar: la letra C) del Razonamiento Jurídico Tercero:

**c)** Por lo que se refiere a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 de la LECrim (LEG 1882, 16) ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda «no constituyan delito». La valoración de si tienen significación penal no puede hacerse sino en función de los hechos como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, **su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.**

En el presente caso, la querrela describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA SA., que ha ido creciendo progresivamente en breve periodo de tiempo, **pasando su balance en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros**, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance.

Tales hechos derivan del proceso de fusión de (CAJA MADRID, CAJA DE ÁVILA, BANCAJA, CAJA DE CANARIAS, CAIXA LAIETANA, CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA que, a través de la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) dio origen a la constitución del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS (BFA), único accionista de BANKIA, que salió a bolsa el 20 de julio de 2011 mediante una oferta pública de suscripción (OPS).

De esta forma, se denuncia, en primer lugar, la posible comisión de un delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances.

Dicho delito se tipifica en el artículo 290 del código Penal , que 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, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior».

La conducta típica del artículo 290 se concreta en la acción o comportamiento que consiste en alterar o no reflejar en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho la verdadera situación económica o

jurídica de la sociedad, tanto plasmando datos falsos como omitiendo otros verdaderos.

De este modo, se incluyen en su ámbito tanto las conductas positivas, ya sea mintiendo, alterando o no reflejando la situación real de la entidad como las omisivas, es decir, ocultando datos cuya presencia es imprescindible para el reflejo exacto de la situación jurídica o económica de la sociedad, de acuerdo al mandato que la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) impone al administrador.

En el supuesto que nos ocupa, se viene a denunciar que 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 sirvió para mejorar los distintos ratios de solvencia y ganarse la confianza de los inversores en la salida a bolsa y en la subsiguiente cotización.

En segundo lugar, se califican los hechos como presuntamente constitutivos del delito de Administración desleal o fraudulenta.

El artículo 295 del Código Penal castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, a:

«Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluables a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores a capital que administren.»

Como jurisprudencialmente ha sido asentado ( sentencias del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 y de 7 de junio de 2006 ) el bien jurídico protegido por el artículo 295 del Código Penal es doble:

**1º)** El individual, formado por el concreto patrimonio social: y

**2º)** El colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.

En el presente caso, el escrito de querrela describe y documenta la existencia de un perjuicio económicamente evaluable a todos y cada uno de los accionistas de BANKIA, debido a la denunciada disposición fraudulenta de los bienes de la Sociedad realizada mediante una gestión social en la que habría prevalecido el favor político al rendimiento económico, **mediante una serie interminable de ruinosas inversiones**, que a la postre provocaron la descapitalización de la Sociedad, que los propios consejeros **se habrían ocupado de ocultar mediante diversas técnicas de manipulación contable**

**que son objeto de denuncia** y que deberán ser convenientemente comprobadas en la instrucción judicial.

El tercero de los delitos denunciados es el de maquinación para alterar el precio de las cosas, infracción que contempla y castiga el artículo 284 del Código Penal, al disponer que «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

**1.** Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles (fue sean objeto de contratación sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

**2.** Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para si o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

**3.** Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieron órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como ador, agente o mediador o informador.»

De esta forma, en el escrito de querrela se denuncia que los Consejeros, directivos y gestores de BANKIA elaboraron y difundieron diversa documentación, tanto contable como meramente informativa, que arrojaba una imagen de la Sociedad absolutamente irreal, presentando a la misma como acreedora de una solvencia de la que carecía, con la finalidad de poder salir a bolsa y obtener financiación del mercado en primer lugar y, posteriormente, intentando mantener a toda costa el precio de cotización y los ratios de solvencia para lo cual no dudaron en manipular la información existente y, por ende, al propio mercado, alterando el correcto funcionamiento del sistema económico.

El cuarto de los delitos que se pone de manifiesto en la querrela como presuntamente cometidos y objeto de ja presente causa es el de apropiación indebida y administración desleal en relación a las prejubilaciones y blindajes auto concedidos por los Consejeros de las Cajas.

El artículo 252 del Código Penal sanciona con las penas previstas en los artículos 249 ó 250 a;

«Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores, o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.»

De esta forma, para apreciar dicha infracción se requiere:

- a)** Que el sujeto activo se halle en posesión legítima del dinero o efectos, o cualquier otra clase de cosa mueble.
  
- b)** Sujeto pasivo será el dueño o titular de éstos, que voluntariamente accedió o autorizó para que el primero los percibiese, si bien con la provisionalidad o temporalidad determinada por la relación o concierto base que mediara entre ambos.
  
- c)** En cuanto al título determinante de la primigenia posesión o tenencia, con claro signo de «números apertus», se viene estimando como propio cualquier acto o negocio jurídico que origine la entrega al sujeto activo del objeto en cuestión y del que se derive la obligación de su puesta a disposición o devolución al último y verdadero destinatario de aquél.
  
- d)** Aprovechamiento abusivo por parte del agente de la confianza latente en el acto negociador base.
  
- e)** Doble resultado, de enriquecimiento respecto del sujeto activo, y de empobrecimiento o perjuicio patrimonial del agraviado.
  
- f)** Animo de lucro.

A los hechos denunciados deberán ser de aplicación el delito referente a la apropiación indebida en su vertiente de administración desleal (artículo 252 del Código Penal), pudiendo conducir a la existencia de responsabilidad penal por la concurrencia de los requisitos exigidos cumulativamente en la definición del tipo penal.

De esta manera, se denuncia una la grosera infracción de los deberes de transparencia, fidelidad y lealtad, que implica la consecuente contravención de los principios en los que estos se concretan; dichos acuerdos, y dichas conductas, deberán ser objeto de investigación, a fin de determinar si las mismas tienen relevancia penal.»

«En el presente caso, la querella describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA SA.. que ha ido creciendo progresivamente en breve período de tiempo, pasando su balance en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance.

Tales hechos derivan del proceso de fusión de CAJA MADRID. CAJA DE ÁVILA, BANCAJA. CAJA DE CANARIAS. CAIXA LAIETANA. CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA que, a través de la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) dio origen a la constitución del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS (BEA), único accionista de BANKIA, que salió a bolsa el 20 de julio de 201 mediante una oferta pública de suscripción (OPS).»

Su Razonamiento Jurídico Segundo:

«**SEGUNDO.**— Procede, igualmente, declarar la competencia de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y por ende, de este Juzgado Central de Instrucción, para conocer de la instrucción y, en su caso, posterior enjuiciamiento de tales hechos, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 65, l, letra c) de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635), al establecer la competencia de este Tribunal para los supuestos de defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, siendo conocida la interpretación jurisprudencial que de este artículo se ha formulado, en el sentido de que el término defraudación ha de ser interpretado desde un punto de vista material y no formal, como «conductas que causan daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso del derecho penalmente tipificados (ATS 22/04/99, 22/05/04 y 17/01/05), siendo así que las conductas descritas en el escrito de querrela, de tener relevancia penal, encajarían plenamente en este concepto material de «defraudación», y las mismas habrían producido, o podido producir, una grave repercusión en la economía nacional así como perjuicio a una generalidad de personas en territorio de más de una Audiencia, al tratarse, BANKIA, de una entidad de suma relevancia en el sistema financiero español, al tratarse del 4º banco más grande de España en volumen de activos, con más de 11 millones de clientes, con un volumen de negocio que superaba los 485.000 millones de euros y un negocio crediticio de más de 186.000 millones de euros a 31 de diciembre de 2.011, de forma y manera que la quiebra del mismo, por su tamaño, su complejidad, actividades transnacionales e interconexiones con el resto del sistema financiero podría desestabilizar todo el sistema financiero del país.

De esta forma, el FROB, en cumplimiento del Real Decreto sobre Saneamiento y Venta de los Activos inmobiliarios del Sector Financiero de fecha 11 de mayo de 2.012, **ha inyectado hasta 4.465 millones de euros de dinero público** procedentes del préstamo que el mismo FROB concedió en su día a esa entidad y que se convertirán en acciones de BANKIA al no poder ser devueltos.

La magnitud del perjuicio generado se plasma en el hecho de que la dirección de BANKIA haya solicitado la suma de 19.000 millones de euros para poder acometer un plan de saneamiento y de recapitalización del grupo financiero. El coste inicial para el erario público por el saneamiento y capitalización del Grupo BEA-BANKIA ascendería, por tanto, en esta hipótesis, a la suma de 23.465

millones de euros, lo que supone, sin duda, un grave perjuicio a la economía nacional.»

**14º-** El objeto inicial de esta instrucción se mantuvo en posteriores Autos de fechas 7 y 28 de diciembre de 2012.

#### **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 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que investiga (entre otros delitos) el Juzgado Central de Instrucción nº4.

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, Don. Ceferino, 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 (labilidad 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 (LEG 1889, 27) (Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo)) y aunque el dolo, como vicio de la voluntad negocia!, 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 perjudicialmente, 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.

Por lo anterior **se desestima la prejudicialidad penal.**

## **QUINTO**

Por lo que se refiere a la acción ejercitada de nulidad contractual por vicio del consentimiento hay que señalar que:

El artículo 1.261 del código civil establece que no hay contrato si no concurren como requisitos el consentimiento, el objeto cierto de lo que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca; tal consentimiento según el artículo 1.265 del mismo cuerpo legal será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, añadiendo el artículo 1.266 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».

El error, como vicio del consentimiento que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, significa, como tantas veces ha manifestado la jurisprudencia del tribunal supremo (así sentencias del tribunal supremo de diez y siete del mes de octubre del año 1.989 y de tres del mes de julio del año 2.006, entre otras), un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que lo padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ello por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1.266 del código civil), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1.269 del mismo código civil), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultado de originar la desconexión del contratante con la realidad.

La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por «error en el objeto» prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada doctrina jurisprudencial, es un motivo que debe contemplarse con extraordinaria cautela y carácter excepcional, sobre todo en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, de manera que, para que el error pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato, se queda condicionado a la concurrencia en el caso de determinados requisitos como son:

**A.-** Que sea esencial e inexcusable, pues, de no ser así, habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien los padece

(sentencias del tribunal supremo de veinte y uno del mes de octubre del año 1.932 y veinte y seis del mes de diciembre del año 1.944).

**B.-** Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga (sentencias del tribunal supremo de diez y seis del mes de diciembre del año 1.943 y diez y seis del mes de diciembre del año 1.957).

**C.-** Que no se haya podido evitar con una regular diligencia (sentencia del tribunal supremo de doce del mes de junio del año 1.982).

**D.-** Que quede suficientemente acreditado en las actuaciones, como cuestión de hecho (sentencia del tribunal supremo de veinte y seis del mes de diciembre del año 1.944).

En este sentido la sentencia del tribunal supremo de cuatro del mes de enero del año 1.982 ya afirmaba que los dos requisitos que ha de reunir el error son la esencialidad y la excusabilidad. La primera es un requisito que deriva del propio código civil, pues el artículo 1.266 citado exige, si el error se refiere al objeto, que el mismo recaiga sobre la sustancia de la cosa.

La excusabilidad la exige la jurisprudencia; es inexcusable el error, cuando pudo ser evitado, empleando una diligencia media o regular, para lo cual el tribunal supremo valora, en su apreciación, las circunstancias de toda índole, incluso las personales, no sólo del que ha padecido el error, sino también del otro contratante.

En definitiva, conforme a la sentencia del tribunal supremo de seis del mes de febrero del año 1.998 se debe señalar que «en cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta sala de diez y ocho del mes de abril del año 1.978 que, para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del código civil, es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1.266 apartado primero del código civil y sentencias del tribunal supremo de diez y seis del mes de octubre del año 1.923 y veinte y siete del mes de octubre del año 1.964), que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (sentencias del tribunal supremo de uno del mes de julio del año 1.915 y veinte y seis del mes de diciembre del año 1.944), que no sea imputable a quien lo padece (sentencias del tribunal supremo de veinte y uno del mes de octubre del año 1.932 y diez y seis del mes de diciembre del año 1.957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (sentencias del tribunal supremo de catorce del mes de junio del año 1.943 y veinte y uno del mes de mayo del año 1.963).

De otra parte, como recoge la sentencia del tribunal supremo de diez y ocho del mes de febrero del año 1.994, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, este último

consagrado hoy en el artículo siete del código civil ; es inexcusable el error (sentencia del tribunal supremo de cuatro del mes de enero del año 1.982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular.

De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

Y añaden que el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error, señalando que, en términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica (sentencia del tribunal supremo de veinte y nueve del mes de marzo del año 1.994); así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, siendo, por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, tener en cuenta si la otra parte coadyuvó o no con la conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

Finalmente, ha de señalarse que, como establece la sentencia del tribunal supremo de treinta del mes de mayo del año 1.991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (sentencias del tribunal supremo de ocho del mes de mayo del año 1.962 y catorce del mes de mayo del año 1.968, antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él».

Sentado lo anterior y entrando a conocer sobre el fondo del litigio, hay que señalar que sobre la presente cuestión objeto de debate se ha pronunciado la mencionada sentencia de fecha nueve del mes de febrero del año dos mil quince de la audiencia provincial de Ávila por lo que, aunque no estamos ante jurisprudencia emanada de la sala primera de lo civil del tribunal supremo, por un principio de vinculación de los tribunales a sus propias resoluciones y por un principio de interdicción de la arbitrariedad así como para evitar en su caso recursos en todo caso innecesarios este tribunal siempre sigue la doctrina emanada de la jurisprudencia menor de la audiencia provincial de Ávila; así tal

sentencia afirma que «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 2.011 ya que manifestó tener unos beneficios de 309 millones de euros**, cuando el 25 del mes de mayo del año 2.012 las cuentas fueron auditadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores **dando un resultado negativo de 3.031 millones de euros en diciembre de 2.011** y además igualmente es de destacar que conforme refleja el documento número tres 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 del mes de septiembre del año 2.012 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 artículos 1.265 y 1.300 del código 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 código que 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 2.011 los 13.000 millones**, razón por la que se instó la correspondiente querrela contra los directivos».

De lo anterior se desprende que la documentación informativa que tuvieron los adquirentes de acciones de Bankia **no reflejaba la realidad del patrimonio de la sociedad**, sino que **era una pura y simple invención dirigida a captar clientes**, precisamente aquellos que tenían fondos en las distintas sucursales de Bankia, hecho conocido previamente por la entidad, **empeñando así a sus propios clientes que ahora reclaman.**

En el mismo sentido la Audiencia Provincial en sentencia de fecha 28 de Julio de 2014 ha resuelto lo siguiente:

**I)** Desde luego, entre los requisitos esenciales de todo contrato se halla el consentimiento de los contratantes, vid. artículo 1261 del Código Civil (LEG 1889, 27), que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio, conforme al artículo 1262

del mismo texto, y que será nulo -artículo 1265- prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Por ello la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige plena conciencia de lo que significa el contrato y de los derechos y obligaciones derivados, lo cual otorga importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que los negociantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, postulado que alcanza especial intensidad si cabe en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, lo que ha motivado en los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan, y desde esta perspectiva importa destacar aquí la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781), del Mercado de Valores, cuyo preámbulo menciona entre los designios que guían al legislador la protección de los intereses de los inversores, e incluye en su artículo 2 las acciones de sociedades como instrumento financiero comprendido en su ámbito de aplicación, y cumple en este momento traer a colación que su artículo 30 bis, incluido entre los que regulan el mercado primario de valores, disciplina la oferta pública de venta o suscripción de acciones, que define como «... 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», asimismo regulando exhaustivamente en sus artículos 26, siguientes y concordantes los requisitos de información para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial, y entre ellos la aprobación y registro de un folleto informativo confeccionado por el emisor, 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 también disciplina la llamada «responsabilidad del folleto» relativa a los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones sean falsas u omitan datos relevantes, legislación interna armonizada con la Directiva 2003/71/CE (RCL 1978, 2836) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (LCEur 2001, 2380).

**II)** Sin embargo para que el error -nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la doctrina legal señala p.e. STS de 10 de abril de 1999, que ha de ser esencial y excusable, requisito este último que el Código Civil no menciona pero se deduce del principio de buena fe consagrado en su artículo 7, a valorar en atención a las circunstancias del caso, y se erige en una medida de protección para la otra parte contratante; el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (STS de 4 de enero de 1982, 3 y 29 de marzo de 1994), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia

que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el supuesto, incluso las personales, no sólo las de quien ha padecido el error, y se ha de atender a lo exigible, mayor cuando se trata de un profesional, y menor cuando se trata de persona inexperta; igualmente la STS de 23 de julio de 2001 señala que el error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece; y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (STS de 6 de febrero de 1996); en parecidos términos reiteran la misma doctrina las posteriores sentencias de 24 de enero de 2003, 12 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 22 de mayo y 11 de diciembre de 2006.

En punto al deber de información y el error como vicio del consentimiento, expresa la STS de 20 de enero de 2014, relativa a un contrato de Swap pero con criterios asentables ahora, que la previsión legal del deber de información apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de los productos financieros con clientes minoristas, y su incumplimiento puede incidir en la apreciación del error, en tanto afecte a los concretos riesgos asociados a la contratación, y el hecho de que el apartado 3 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos» muestra que **esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento**, o dicho de otro modo, **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.

En suma **esos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera inciden directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error.**

**III)** Las pruebas practicadas acreditan que Bankia salió a bolsa en julio de 2011, emitiendo 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros, siendo la inversión mínima exigida de 1.000 euros, que significaba la ampliación del capital por importe de 1649 millones de euros con una prima de emisión de 1442 millones de euros.

Bankia registró y publicó el folleto tantas veces mencionado en que ofrecía determinados datos que desmiente el resultado final contable auditado relativo a 2011, con gran disparidad en los beneficios y pérdidas reales.

Es evidente que la imagen de solvencia transmitida al comercializar las acciones a través del folleto litigioso y de campañas publicitarias no se correspondía con la realidad financiera y contable de Bankia, como demuestra la reformulación de cuentas realizada por la propia entidad, modificando las

anteriores, y por la intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y necesidad de recapitalización -19.000 millones de euros- con dinero público meses después de la emisión de acciones, **siendo inaceptable la tesis de que fueron avatares posteriores los causantes del declive**, cuando conforme a la Junta de Accionistas de Bankia de 29 de junio de 2012 para la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 el resultado negativo por pérdidas importaba 3.030.550.773,06 euros, situación financiera que no pudo surgir ex novo desde la inicial formulación de cuentas **ni es imputable a las nuevas exigencias normativas impuestas por el legislador** – Real Decreto Ley 2/2012 ( RCL 2012, 114 y 160) y Real Decreto Ley 18/2012 ( RCL 2012, 661 y 754) -, sino que **se gestó paulatinamente y debió ser conocida y revelada**, sin que parezca razonable diferenciar las cuentas del ejercicio 2011 -reformuladas en 2012- y las elaboradas para su salida a bolsa, por mucho que éstas estuvieran auditadas sin salvedades, pues los estados financieros necesariamente estaban relacionados y la necesidad de saneamiento resultaría evidente. De ahí que **las perspectivas del emisor que indicaba la información suministrada a los inversores no fueron reales**.

## **SEXTO**

De conformidad con el art. 394 y siguientes de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) se imponen las costas de esta alzada a la recurrente.

Vistos los artículos citados y demás aplicables.

## **FALLO:**

Que **debemos desestimar y desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por **BANKIA S.A.**, contra la Sentencia de fecha 1 de Octubre de 2015 del Juzgado de 1ª Instancia de Refuerzo de Ávila, confirmando la misma en todos sus extremos e imponiendo las costas de esta alzada a la recurrente.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.