



Roj: **SAP VI 849/2017 - ECLI: ES:APVI:2017:849**

Id Cendoj: **01059370012017100534**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2017**

Nº de Recurso: **452/2017**

Nº de Resolución: **571/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IÑIGO MADARIA AZCOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA**

### **ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-16/006749

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2016/0006749

### **A.p.ordinario L2/E\_A.p.ordinario L2 452/2017-C**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz / Gasteizko Lehen Auzialdiko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 452/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANKIA S.A.

Procuradora/ Prokuradorea: SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ

Abogado/a / Abokatua:

Recurrida / Errekurritua: RETOS OPERATIVOS XXI S.L.

Procuradora/Prokuradorea: IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

Abogado/ Abokatua:

### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA Nº 571/17**

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 452/17, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria, Autos de Juicio Ordinario nº 452/16, promovido por **BANKIA, S.A.** dirigida por el Letrado D. Jorge Capell Navarro y representado por la Procuradora Dª. Soledad Carranceja Díez frente a la sentencia nº 139/17 dictada el 3 de mayo de 2.017, siendo parte apelada e impugnante **RETOS OPERATIVOS XXI, S.L.** dirigido por la Letrada Dª. Laura Lozano García y representado por la Procuradora Dª. Iratxe Damborenea Agorria. Ponente: D. Iñigo Madaria Azcoitia .



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria se dictó sentencia nº 139/17 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

*"Que estimando la demanda formulada por Retos Operativos XXI, S.L. contra Bankia debo declarar la responsabilidad de la demandada y condenarla al pago de los daños y perjuicios irrogados a Retos Operativos XXI, S.L. que se materializan en la diferencia entre el valor de adquisición de las acciones y el valor de las 7.885 acciones de las que es propietaria la actora, tras el contrasplit, al día 19/5/2016 (fecha de presentación de la demanda). Retos Operativos XXI, S.L. debe proceder a la devolución de las acciones, con los dividendos de haberlos percibido con los intereses legales desde la fecha en que hayan sido percibidos. En cuanto a los intereses legales se devengarán desde la fecha de la demanda.*

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576LEC y con imposición de costas a Bankia."

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **BANKIA, S.A.**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 22-06-2017 dándose el correspondiente traslado a la contraparte personada por diez días para alegaciones, presentando la representación de **RETOS OPERATIVOS XXI, S.L.**, escrito de oposición e impugnación al recurso planteado de contrario. Teniéndose por impugnada la resolución apelada con fecha 12-07-2017 y dándose traslado a la otra parte por plazo de diez días para manifestaciones, presentó la representación de **BANKIA, S.A.** escrito de oposición a la impugnación al recurso de apelación en el traslado conferido, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 04-09-2017 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia y por resolución de fecha 14-09-2017 se señaló para deliberación, votación y fallo el 31 de octubre de 2.017.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO .- Antecedentes y motivos del recurso .**

-Retos Operativos XXI, S.L., por medio de la **orden de compra** de 19 de julio de 2011, suscrita con la demandada, adquirió 1.066.666 acciones de Bankia, al precio de 3'75 euros/acción.

-En la **demand inicial** del presente proceso Retos Operativos interesa la declaración de nulidad del referido contrato de adquisición de acciones por error en el consentimiento, al entender que la demandada, Bankia, S.A., había incurrido en dolo al transmitir una información inexacta sobre su estado financiero en la salida a bolsa de sus acciones, lo que fue causa de error sobre la potencial rentabilidad de la inversión.

-Subsidiariamente la demandante ejercita una acción indemnizatoria, por el incumplimiento de las obligaciones de información, transparencia y lealtad impuestas en por la legislación civil, bancaria, mercantil y contable.

-La demandada presentó **escrito de oposición** a las pretensiones de la demandante alegando básicamente que en la oferta pública cumplió la normativa y contó con el visto bueno de la CNMV. Que los datos sobre activos en la fecha de salida a bolsa eran correctos. Que la demandante asumió el riesgo de la inversión y se trata de un inversor profesional, que participó en el tramo institucional fijando el precio de las acciones. Opuso asimismo la caducidad de la acción de nulidad.

-La **sentencia de instancia** considera, en primer lugar, que el término inicial para el cómputo de la caducidad se debe entender referido a la fecha de reformulación de las cuentas de Bankia, 25 de mayo de 2012, y por tanto cuando se presentó la demanda, 19 de mayo de 2016, no se había agotado el plazo de cuatro años del art. 1301 del Código Civil .

-Considera asimismo que pese a tratarse de un inversor profesional, cualificado e institucional, no se le excluye de la información que contiene el folleto y la responsabilidad de Bankia. Información que una vez reformuladas las cuentas de 2011, se descubrió que era inexacta y que de reflejar ganancias se comprobó que existían pérdidas importantes.

-Desestima la acción dirigida a la declaración de la nulidad de orden de compra de las acciones, al considerar que la información contenida en el folleto sobre la exposición al mercado inmobiliario de Bankia no pudo pasar desapercibida para la actora, dado su perfil profesional, y por ello el error no es excusable.

-Considera asimismo que dada la condición de inversora profesional de la demandante no resulta la obligación de asesoramiento de la inversión, si bien estima la acción indemnizatoria al entender conforme al art. 28 LMV



que la responsabilidad de la demandada por al inexactitudes del folleto lo es frente a todos los inversores, incluidos los profesionales.

-Frente a la sentencia se alza en **apelación** la demandada. Como motivo del recurso opone la incongruencia de la sentencia, al entender que estima una acción fundada en el art. 28.3 LMV (información falsa u omisiones en el folleto) que no se ejerció con la demanda. Por ello invoca la indefensión respecto a dicha acción, frente a la cual, de ser expresa, cabía oponer la excepción de prescripción. Finalmente considera que no es aplicable el art. 1101 del Código Civil, al existir una norma especial, y que la acción del art. 1101 no está prevista para incumplimientos anteriores al contrato. Subsidiariamente, de desestimarse el recurso, interesa la no imposición de costas, dada la existencia de serias dudas de derecho.

-La demandante se opuso al recurso, al tiempo que formuló **impugnación** de la sentencia. En los motivos de impugnación reitera sus pretensiones en relación con la acción de nulidad, que considera procedente al estar acreditada al inexactitud de la información en la oferta pública. Sobre la acción indemnizatoria invoca el principio "iura novit curia", en relación con el petitum: indemnización de daños y perjuicios, y la "causa petendi": inexactitudes en el folleto. Añade que se mencionó la LMV y que existe una doble cobertura en el art. 1101 del Código Civil y la LMV., sin que exista contradicción entre ley general y especial.

### **SEGUNDO .- La acción de nulidad. Error vicio del consentimiento .**

Como hemos puesto de relieve entre otras en la sentencia dictada por esta Sala en el rollo de apelación nº 15/16, el art. 1261 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 1265 del mismo cuerpo legal será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo. Añade el art. 1266: "*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 (SS.TS. de 17 de octubre de 1.989 y 3 de julio de 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 (art. 1266 del Código Civil) y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (art. 1269 del mismo) 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 (SS.TS. de 21 de octubre de 1.932 y 26 de diciembre de 1.944).

B.- Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga (SS.TS. de 16 de diciembre de 1.943 y 16 de diciembre de 1.957).

C.- Que no se haya podido evitar con una regular diligencia (S.TS. de 12 de junio de 1.982).

D.- Que quede suficientemente acreditado en las actuaciones, como cuestión de hecho (S.TS. 26 de diciembre de 1.944).

Doctrina que se confirma por la jurisprudencia más reciente, entre otras, las SS.TS. de 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013 y 20 de enero de 2014.

### **TERCERO .- Valoración de la prueba .**

Como expresa la sentencia de instancia y ya hemos señalado en sentencias anteriores, entre otras la dictada en el rollo nº 78/16, los hechos incontestables ponen de relieve la conclusión sobre el desajuste entre la aparente solvencia y expectativas de beneficios, representadas en el folleto de la oferta pública de suscripción y admisión a la negociación en Bolsa de las acciones de Bankia, S.A. y las cuentas exhibidas con tal motivo, y la realidad de una situación financiera crítica, manifestada pocos meses después, una vez reformuladas las



cuentas, produciéndose una caída sustancial en el valor de las acciones objeto de la oferta. Caída mitigada por la suspensión de cotización y la intervención pública con un importante aporte de recursos financieros, que evitaron la quiebra de la entidad.

Bankia sostiene sustancialmente que cumplió en su momento todas las obligaciones que le eran exigibles en la fase precontractual, informando sobre el riesgo inherente a la inversión y presentó públicamente para su salida a bolsa los estados contables y demás documentación necesaria para dar a conocer la imagen fiel y la situación real de la entidad, de acuerdo con las normas en materia de contabilidad, provisiones, estados contables y mercado de valores vigente en aquel momento.

Argumento que no se ajusta a la realidad de lo acontecido, por cuanto sin perjuicio de valorar cuáles fueron las causas determinantes de la necesidad de reformular las cuentas, y con ello evidenciar cuál era la situación real, lo resuelto en la instancia pone de relieve que en el momento de la OPS se presentaron unas cuentas que entonces, desde su formulación, no eran reflejo fiel de la situación contable y patrimonial de la entidad, de tal forma que el riesgo informado, cual representaba una posible pérdida de valor en el mercado, al cual se refiere la recurrente, no era tal riesgo, en el sentido de ventura o contingencia expuesta a un cambio en el futuro, sino que realmente se trataba de un acontecimiento ya acaecido, pues en el momento que floreciera la realidad de la situación patrimonial encubierta en la oferta, lógicamente en un elemental sistema de mercado, el valor de las acciones caería como efectivamente aconteció.

Por tanto en la oferta se transmitió una información que no respondía a la realidad. Los suscriptores adquirieron una idea errónea sobre la fortaleza de su inversión no estrictamente por falta o insuficiencia de información, sino por una información que no se ajustada a la realidad del valor patrimonial de la entidad demandada en el momento de la oferta, en definitiva la información transmitida al contratar no era formalmente insuficiente o equívoca, era sustancialmente incierta, por ello el error causado no es consecuencia de un efecto posterior cuyo riesgo desconoce el inversor, se trata de un mal latente en el mismo momento de la venta, que la propia demandada conocía o al menos debió conocer de conducirse con otros criterios de mayor rigor contable, y que reflejaran con fidelidad la realidad de una situación financiera crítica.

#### **CUARTO .- Situación económico-financiera de Bankia, S.A.. Razones de la pérdida patrimonial .**

La recurrente pretende justificar su desajustado proceder, en el momento de la OPS, desde una explicación que hace supuesto de la cuestión, pues parte de que la necesidad de reformulación de la cuentas es simple resultado de la obligación de adaptación a una nueva normativa que debía aplicarse como consecuencia de la depreciación de los activos inmobiliarios en relación con los estados contables presentados para la salida a bolsa o proforma de cuentas correspondientes a 2011.

Sin perjuicio del ajuste que efectivamente exigía la aplicación de los RR.DD. 2/2012, de 3 de febrero y 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, en cuanto nos interesa en la presenta causa, la situación financiera de la demandada en el momento de la emisión de la oferta pública para la venta de acciones ya se encontraba en un estado crítico, que se encubrió con unas cuentas que no eran fiel reflejo de su situación patrimonial.

Así puede deducirse, por hechos anteriores a la publicación de tales normas.

En concreto, conforme se ha señalado, en relación con la intervención del Banco Valencia, S.A., filial de Bankia, que el 21 de noviembre de 2011 reveló la existencia de un fondo problemático por importe de 3.995 millones de euros, lo que determinó la necesidad de su intervención para intentar su saneamiento y venta.

Igualmente, la comunicación de necesidades adicionales de capital que la EBA transmitió en relación con el Grupo Bankia se produjo en diciembre, antes de las referidas normas, sobre datos de septiembre de 2011. Se detectaban ya necesidades adicionales de capital por importe de 1.329 millones de euros. Necesidades que se pretendió cubrir con una conversión en capital de "preferentes" en posesión de FROB, así como con operaciones de venta de activos y mejoras de activos ponderados por riesgo, que realmente no tuvieron el mínimo efecto ni eficacia, pues todo concluyó en la intervención pública de mayo de 2012.

Momento éste último que si bien fue más exigente como consecuencia de los referidos RR.DD., sin embargo otras entidades bancarias ajustaron sus cuentas sin comprometer el sistema financiero ni con necesidad de recurrir a una intervención pública para salvaguardar el sistema, como requirió la demandada.

Lo cierto, sin entrar en mayor profundidad, es que la demandada necesariamente tenía que conocer la debilidad de sus activos desde la consciencia de una crisis económica manifestada ya en los años 2007 y 2008, que como la S.TS. 309/2013, de 26 de abril , pone de relieve:



*[...] es hecho notorio que la crisis económica que alcanzó a nuestro país, se produjo entre 2007 y 2008, lo que tuvo consecuencias en el ámbito jurídico, especialmente en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria y en la aceptación de subrogaciones en los que habían sido concedidos con anterioridad.*

Por tanto las causas de la pérdida patrimonial de la demandada no son resultado exclusivo de una necesidad formal de ajuste en las provisiones, impuesta por una norma posterior, sino que enraízan en la propia actividad comercial previa de las entidades que integraron Bankia, S.A., que generó activos inmobiliarios y préstamos hipotecarios, tanto a promotores como adquirentes, sobrevalorados y de alto riesgo que ya en la fecha de OPS, de haberse aplicado un exigible criterio de prudencia, debieron ponerse de relieve en los estados contables presentados para promocionar la adhesión de compradores a la OPS.

La OPS de autos, en cuanto afecta a la captación de recursos ajenos entre inversores, se presentó con una manifiesta sobrevaloración y simulación de la solvencia de la entidad, que no se ajustaba a la realidad conocida por la demandada, dado el conocimiento del deterioro progresivo de sus activos, y la realidad confirmada por unos hechos acontecidos en el último mes de 2011, reveladores de que las cuentas exhibidas con la OPS no eran reflejo fiel de la verdadera situación financiera y patrimonial de la demandada.

De haber presentado ésa realidad patrimonial indudablemente la oferta de suscripción no tendría atractivo alguno, con lo que el error que sustenta la pretensión anulatoria del contrato de autos está plenamente probado, pues a la propia objetividad de esa información documental, sugerente pero incierta y engañosa, se une la inducción que la demandada propició para que los inversores adquirieran los referidos valores.

Además resulta evidente la causalización de la apariencia de solvencia, que con ostentación exhibió la demandada como elemento esencial al contratar, pues realmente lo adquirido no coincidía con lo realmente querido y representado en la oferta.

Error cuya excusabilidad resulta manifiesta en la propia eficacia del engaño o encubrimiento de la realidad. Pues como se ha puesto de relieve la relevancia del folleto constituye el elemento de referencia para el inversor, en cuyos datos deposita su confianza a efectos de valorar la oportunidad de adquirir las acciones, sin que disponga de medios que le permitan descubrir la negligente y desajustada formulación de las cuentas y extracción de datos, dirigidos a presentar una oferta atractiva para captar suscriptores pero desviados de la realidad.

#### **QUINTO.- Folleto informativo .**

La Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, donde se contempla la regulación del folleto informativo como mecanismo para la protección de los inversores, establece en el art. 27 lo siguiente:

*El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.*

Por su parte, el RD 1310/05, en cuanto afecta al folleto, hace una expresa indicación sobre el objetivo de la información. Y así en su artículo 16.1 expresa lo siguiente:

*Contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores .*

Indicación explícita de que la función que se otorga al folleto no es meramente informativa sino de conformación, como factor de equilibrio en las posiciones del negocio jurídico que ampara el conocimiento del estado actual del emisor, del consentimiento del inversor.

En el supuesto de la emisión de las acciones de Bankia la información financiera contenida en el folleto y, en particular, los estados financieros correspondientes al primer trimestre de 2.011 no eran fiel reflejo de la situación económico-financiera de la sociedad y, por consiguiente, el suscriptor de las acciones, fue inducido a error esencial y excusable en la prestación del consentimiento, al haber recibido una información inexacta e inveraz en la esencia del contrato sobre la situación financiera y los beneficios y pérdidas de la sociedad, que lejos de ser solvente tenía pérdidas hasta el punto de verse en la necesidad de pedir ayudas al Estado por importe de 19.000 millones, lo que es un hecho notorio, situación económica real que de haberla conocido la demandante no habría suscrito las acciones de nueva emisión, pues las perspectivas de la posible evolución del valor de las acciones habrían sido distintas.



Ningún argumento relacionado con el perfil del cliente permite deducir conclusiones relevantes en orden a la valoración de la prueba, pues aun admitiendo que como pone de relieve la recurrente la acciones de Bankia no son productos financieros complejos, y por tanto es un producto fácilmente entendible en relación con sus riesgos de mercado, volatilidad, rating, etc., como hemos puesto ya de relieve, en el supuesto de autos no se trata de que la demandante adquiriera como consecuencia de una información insuficiente o una idea errónea sobre la naturaleza y riesgos del producto. Se trata de que la información transmitida y reflejada en la documentación justificativa, comprensible y clara, sin embargo no era cierta, era engañosa. Y precisamente, por conocer cuál es el funcionamiento del valor en el mercado, la expectativa de solvencia y de obtención de beneficios inherentes a la participación social que representan los títulos, indujo su adquisición, entendiendo perfectamente que los estados contables presentados y la promesas de dividendos iban a justificar no solo el pago adicional de una prima, como ajuste a su valor nominal en el mercado, sino la futura adquisición de mayor valor. Justo lo contrario a lo que la evidencia de las cuentas debió poner de relieve de haberse presentado como reflejo fiel de la situación real en el momento de la emisión.

#### **SEXTO .- Motivos de la impugnación .**

Sentadas las precedentes bases, las cuestiones suscitadas en esta segunda instancia requieren de un ordenado análisis y valoración, teniendo en cuenta que el examen de la impugnación de la sentencia, en cuanto reitera la procedencia de la acción de nulidad, debe hacerse en primer término, pues si se concluye con la procedencia de la acción de nulidad, evidentemente ya no cabría analizar la eventual responsabilidad por el incumplimiento de un contrato declarado ineficaz.

**La procedencia de la acción de nulidad se revela clara desde la relevante y trascendente formulación de unas cuentas, informadoras del contenido del folleto**, en las que se incurre en graves inexactitudes encubiertas que encierran una distorsión de la imagen del estado de solvencia, financiero y patrimonial de la demandada cuando se promocionó la OPS.

La cuestión central radica en el hecho de que no es el folleto la base de las inexactitudes sobre la solvencia, rentabilidad y estado financiero de la emisora, no se trata de que en el folleto se transmite una realidad distinta a la que pudiera resultar del análisis detenido y profundo de las cuentas, sino que precisamente son las cuentas las que encubren falsedades e inexactitudes que no pueden entenderse subsanadas por la existencia de informes de auditoría o por la formal homologación del folleto en CNMV.

La relevancia de la información inexacta, no veraz y manipulada trasciende la mera contemplación del folleto y se adentra también en el ámbito de la información que inversores profesionales pueden extraer con criterios técnicos del examen de las cuentas.

El error por tanto se proyecta no sólo desde la transparencia, comprensión o inexactitudes del folleto, relevantes en relación con inversores minoristas, sino desde la propia conformación de unas cuentas que resultaron totalmente manipuladas y predestinadas precisamente a incentivar la inversión, incluida la de profesionales, induciendo un error sobre las expectativas inversoras que como ya hemos puesto de relieve en realidad ya eran un fracaso desde el momento de la suscripción.

No se acredita que la demandante contara con más información o referencias que las deducidas del folleto y de las cuentas de la entidad, pues aun tratándose de un inversor profesional institucional no consta que efectivamente presentara oferta no vinculante a efectos de valorar el precio.

No puede cuestionarse el perfil profesional de la demandante, pero aun así la formulación de las cuentas, como se ha expresado, también produjeron el error, que es esencial, en cuanto afecta a la sustancia básica del objeto del contrato, cual son las expectativas de rentabilidad de unas acciones que realmente se transmitieron afectadas por los serios problemas financieros de Bankia en situación de quiebra, sólo superada por la suspensión de sus cotizaciones y la ayuda pública.

Por ello que el error debe entenderse excusable, pues la propia maquinación que alteró las cuentas y con ello la imagen real del estado financiero de Bankia no podía ser superado ni siquiera con los conocimientos técnicos que la demandante pudiera aplicar con una diligencia mínima en el análisis de las mismas, siendo el reflejo de tales cuentas la causa que indujo a contratar y que indudablemente la demandada no lo hubiera hecho de conocer el alcance sus inexactitudes.

La mención que el folleto hace al riesgo inmobiliario, como se ha dicho, no es la causa de la pérdida de valor de las acciones, por tanto aun ponderando tal riesgo, aparentemente provisionado, la decisión de la demandante, como se ha expuesto, no resultó desacertada por el devenir del mercado, era ya consecuencia de un engaño en el momento de la suscripción.

#### **SÉPTIMO .- Efectos de la nulidad .**



Conforme a lo dispuesto en el art. 1303 del Código Civil , declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Por tanto debe estimarse la demanda en los términos que postula la demandante, debiendo abonar la demandada el importe de la inversión más los intereses, y reintegrar la demandante los títulos o valores de sustitución, con sus frutos e intereses de éstos.

La estimación de la acción de nulidad es razón suficiente para no analizar los motivos de fondo propuestos en la apelación, si bien cabe señalar que en la demanda se hace una expresa referencia a los hechos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales en términos genéricos y los específicos cuya preceptividad resulta de la LMV, y por tanto, si se reclama con carácter subsidiario la indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual se debe entender también en relación al incumplimiento de dichas obligaciones especiales impuestas por la ley e integradas en el complejo obligacional del contrato.

La operatividad del art. 28 LMV, "responsabilidad del folleto" se debe valorar como una acción específica, distinta de la contractual, de naturaleza objetiva en relación con los sujetos responsables ex lege: *emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación, o aquellas otras personas que acepten asumir responsabilidad por el folleto, siempre que así conste en dicho documento y aquellas otras no incluidas entre las anteriores que hayan autorizado el contenido del folleto* . Sujetos con los que no necesariamente existe una relación contractual, pero resultan responsables por la simple concurrencia de las circunstancias que describe la norma.

La acción del art. 28 LMV y la contractual son compatibles y complementarias, por tanto el plazo de prescripción del apartado 3 sólo será aplicable en relación con la responsabilidad allí regulada. Pero ello no impide que si además existe una relación contractual, cual sería el supuesto de autos, pues la demandada ejecutó la orden de compra, sea asimismo aplicable el periodo de prescripción de las acciones contractuales sin plazo especial del art. 1964 del Código Civil .

#### **OCTAVO.- Costas.**

En materia de costas son de aplicación los arts. 394 y 398 LEC . Por ello la estimación de la demanda significa que se rechazan las pretensiones de oposición a la misma. Por tanto las costas de la primera instancia serán de cargo de la demandada, al no apreciarse serias dudas de hecho o de derecho en relación con la OPS de Bankia, dado que en la fecha de presentación de la demanda ya existían sentencias ( SS.TS. nº 23 y 24/2016, de 3 de febrero y otras de AA.PP.) que describen con claridad los hechos y sus consecuencias jurídicas.

En lo que afecta a la apelación e impugnación de la sentencia, al estimarse ésta y por tanto quedar sin contenido el objeto de la apelación, no procede especial declaración sobre las costas.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

**Desestimar** el recurso de **apelación** y **estimar la impugnación** interpuestos respectivamente por Bankia, S.A. y Retos Operativos XXI, S.L., ambos contra la **sentencia nº 139/17** dictada en el **procedimiento ordinario** seguido bajo **nº 452/16** ante el **Juzgado de Primera Instancia Núm. Uno de Vitoria-Gasteiz** , y en consecuencia **revocamos** dicha sentencia y en su lugar acordamos:

- 1 - **Estimar la demanda inicial** promovida por Retos Operativos XXI, S.L. contra Bankia, S.A..
- 2 -Declaramos la **nulidad** por error en el consentimiento de la **orden de compra** de acciones de 19 de julio de 2011, suscrita entre las partes.
- 3 - **Condenamos a Bankia, S.A.** a que reintegre a la demandante la cantidad de 3.501.425'61 euros, de los que 544.243'11 euros corresponde a intereses.
- 4 - Retos Operativos XXI, S.L. deberá **restituir** a la demandada los títulos o valor de sustitución con sus frutos e intereses de éstos.
- 5- Se imponen a la demandada las costas de la instancia, sin especial declaración sobre las causadas con la apelación y la impugnación de la sentencia.
- 6 - Dese el destino legal a los depósitos constituidos para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal



en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008 0000 00 0452 17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15ª de la LOPJ ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.