

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º
TELÉFONO: 96-192-90-12

N.I.G.: 46250-42-2-2015-0019593

Procedimiento: Asunto Civil ----/2015

S E N T E N C I A Nº 000174/2015

JUEZ QUE LA DICTA: D/D^a SALVADOR URBINO MARTINEZ CARRION

Lugar: VALENCIA

Fecha: veinticinco de junio de dos mil quince

Vistos por mí, Don Salvador U. Martínez Carrión, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valencia y su Partido, los autos de Juicio ordinario, seguidos en este Juzgado con el número -/15, a instancias de DON ----, representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D.^a Francisco Javier Blasco Mateu y asistido/a por el/la Letrado/a D./D.^a Juan José Ortega García, contra BANKIA, S.A., representado/a por el/la Procurador/a D./D.^a ---- y asistido/a por el/la Abogado/a D./D.^a ----; sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se presentó demanda de juicio ordinario declarativo, cuyo conocimiento ha correspondido tras su reparto a este Juzgado, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, que se dictara sentencia conforme al suplico de la demanda; y solicita se declare la nulidad o la anulabilidad de las órdenes de compra de acciones de Bankia con ocasión de la oferta pública de venta o suscripción, con condena a la demandada Bankia a restituir la cantidad de 10.000 euros, más intereses legales desde la fecha de adquisición de las acciones, con imposición de costas menos los dividendos que pudiera haber distribuido la demandada, en su caso; y subsidiariamente, la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de la demandada con condena a Bankia a indemnizar en la misma cantidad, más intereses legales desde la fecha de adquisición, con imposición de costas.

SEGUNDO.- Dictada resolución admitiendo la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada, para que en el plazo de veinte días compareciere en autos asistida de Abogado y Procurador y contestara aquélla, lo cual verificó dentro de plazo oponiéndose a la demanda en base a los hechos y con los fundamentos que consideró oportunos, -planteando la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, que fue desestimada en la audiencia previa- suplicando la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Se convocó a las partes a una audiencia previa con el fin de intentar un acuerdo o transacción, examinar las cuestiones procesales que impidiesen la terminación del proceso mediante sentencia sobre su objeto, fijar ese objeto así como los extremos de hecho o de derecho sobre los que exista controversia y proponer y admitir la prueba. La audiencia se celebró, con asistencia de ambas partes, y en ella propusieron los medios de prueba que estimaron oportunos, resolviéndose sobre ello admitiendo las pruebas que se consideraron pertinentes y útiles (únicamente documental), y de acuerdo con el art. 429.8, LEC, al ser la única prueba que resulte admitida la de documentos, y éstos haberse aportado al proceso sin resultar impugnados, el tribunal acordó que quedaran los autos para dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que termine la audiencia.

HECHOS PROBADOS

Teniendo en cuenta el art. 217, LEC, relativo a la carga de la prueba, y sin olvidar que los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes están exentos de prueba, y el tribunal no puede obviarlos si son pertinentes y relevantes (ex – art. 281.3, LEC; STS de 28 de enero de 2003, Pte: Almagro Nosete, y STS de 14 de noviembre de 2013, Pte: Sarazá Jimena), y no debe valorar la suficiencia de la prueba sobre hechos reconocidos (STS de 15 de diciembre de 2003, Pte: Gullón Ballesteros); además, no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general (ex – art. 281.4, LEC; STS de 26 de abril de 2013, Pte: O'Callaghan Muñoz).

En el supuesto presente, tras la prueba practicada, apreciada y valorada en su conjunto (posibilidad admitida por la STS de 31 de marzo de 2008, Pte: Corbal Fernández, y STS de 9 de junio de 2010, Pte: Gimeno-Bayón Cobos) pero teniendo especialmente en consideración los medios de prueba que se especifican, se estima acreditado lo siguiente:

1) *Características del cliente y relación cliente/entidad:* El demandante, ----, cuyas circunstancias personales no constan, salvo lo que luego se dirá, es cliente de la entidad demandada, antes Bancaja, desde hace años, en fecha no determinada; siendo calificada por la entidad como un inversor minorista (hechos no discutidos).

2) *Productos adquiridos:* El demandante, con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones llevada a cabo por Bankia, adquirió las siguientes acciones:

- Con fecha 19 de julio de 2011, 2.666 acciones, por un importe de 9.997'50 euros, tras haber solicitado al formalizar la orden de oferta pública de venta, el 30.6.2011, invertir un total de 10.000 euros (doc. 1 de la demanda: orden de compra de valores, pues teniendo en cuenta el precio unitario de la acción, 3'75 €, el importe real invertido es el que se indica).

3.1) *Información verbal:* No consta que se facilitara información de este modo.

3.2) *Información escrita:* Con ocasión de la adquisición de las acciones se facilitaba al adquirente un resumen del folleto informativo de la emisión, el llamado tríptico, denso de contenido, con un tipo de letra de tamaño reducido, que contiene unas sesenta líneas por página, aproximadamente (doc. 2 de la demanda, que no puede considerarse –por lo que luego se dirá– un documento que de forma concisa y

en un lenguaje no técnico proporcionase la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores); y se les indicaba que el folleto completo puede consultarse a través de la página web de la CNMV (www.cnmv.es) o en la página web de la sociedad (www.bankia.com).

En ese folleto se indicaba, al facilitar información sobre el emisor, lo siguiente: Bankia es la primera entidad financiera en términos de activos totales en España con unos activos totales consolidados pro forma a 31 de diciembre de 2010 por importe de 292.188 millones de euros. Con unos beneficios antes de impuestos, según cuenta de resultados pro forma diciembre 2010, de 359 millones de euros para el Grupo Bankia.

4) No consta que la demandante haya percibido dividendos por las acciones adquiridas.

5) Hechos notorios alegados (que, sin perjuicio de hacer algunas correcciones indicando la fuente, expongo siguiendo el AAP de Valencia, Sec. 7ª, de 1 de diciembre de 2014, Pte: Ibáñez Solaz):

1º.- Con fecha de 28 de junio de 2011, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFA 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 y emitió un "Folleto informativo" de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia SA, 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 de 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 (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, don Rodrigo Rato, 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, el Sr. Rato 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 de noviembre de 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 el FROB con el objetivo de estabilizarlo y recapitalizarlo

y hacer posible una posterior enajenación a otra entidad mediante un proceso competitivo.

6º.- El 8 de diciembre de 2011, la EBA (European Banking Authority) comunicó a través del Banco de 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 necesidades 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 BFA a los inversores era de máxima tranquilidad. En el 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. En las citadas cuentas anuales se incluía un beneficio de 305 millones de euros (304.748.000 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 (en las cuentas anuales consolidadas presentadas ante la CNMV dice expresamente: "El beneficio antes de impuestos pro forma se situó en 377 millones de euros, 18 millones de euros más que en el ejercicio precedente. Una vez deducidos el impuesto de sociedades y el beneficio correspondiente a intereses minoritarios, el beneficio atribuido al Grupo Bankia totalizó 309 millones de euros en términos pro forma al finalizar diciembre de 2011").

9º.- El día 7 de mayo de 2012, el entonces presidente de la entidad, Sr. Rato, dimitió y comunicó su intención de proponer a la Junta de BFA la designación de don José Ignacio Goirigolzarri, reiterando la confianza en la fortaleza de la entidad.

10º.- Dos días después, el día 9.5.2012, ya nombrado don José Ignacio Goirigolzarri, 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 (según la CNMV, el nombramiento del Sr. Goirigolzarri fue el 9.5.12, y el día 10.5.12 Banco Financiero y de Ahorro comunica que el Consejo de Administración de la sociedad acuerda dirigirse al FROB para solicitar la aplicación del procedimiento de conversión recogido en el Real Decreto Ley 9/2009).

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 de mayo de 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 recate 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 (el importe de las ayudas públicas a Bankia figura con las cifras indicadas en el AAP de Valencia, Sec. 7ª, de 1.12.14, y en Wikipedia; sin embargo en la Resolución de 16 de abril de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, BOE del 18.4.2013, se afirma: "las ayudas públicas concedidas al Grupo BFA-Bankia (veintidós mil cuatrocientos veinte cuatro millones de euros (22.424.000.000 €))")

13º.- El partido político Unión Progreso y Democracia (UPyD), presentó una querrela frente a la mercantil Bankia, S.A. y el Banco Financiero de Ahorros, S.A. (BFA), y los consejeros de dichas entidades, que fue turnada al Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, que incoó por Auto de fecha 4 de julio de 2012 las Diligencias Previas número 59/2012.

6) Otros hechos notorios alegados:

- Con fecha 13 de febrero de 2012, Banco Financiero y de Ahorro informó a la CNMV que tenía intención de realizar una oferta de recompra de determinadas emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada y suscripción de acciones de Bankia; proceso que se llevó a cabo durante el mes de marzo de 2012; inscribiéndose, con fecha 4 de abril de 2012, en el Registro Mercantil el aumento de capital de las acciones emitidas para atender la oferta de recompra de determinadas emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada de Banco Financiero y de Ahorros.

- Con fecha 17 de abril de 2013, se lleva a cabo, previos los correspondientes acuerdos societarios, la agrupación de las acciones y aumento del valor nominal (contrasplit) de las acciones de BANKIA, S.A., en una proporción de 100 acciones antiguas de 0,01 euros de valor nominal unitario por una nueva acción de un euro de valor nominal unitario (información de la CNMV).

- En el proceso penal seguido ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4, los peritos judiciales, dos técnicos del Banco de España, han presentado informes periciales en los que se considera que los estados financieros presentados con motivo de la salida a bolsa no expresaba la imagen fiel de Bankia y BFA (página 97 y siguientes de los informes).

- En el mismo proceso penal, y a instancias de Bankia, S.A., se ha presentado otro informe pericial emitido por don Ramón Manso Olivar, también inspector del Banco de España, que considera las cuentas presentadas reflejaban una imagen fiel y critican el informe emitido por los peritos judiciales (doc. 1 de la contestación a la demanda: copia del citado informe pericial; resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con el dictamen emitido por los peritos judiciales, no considero que la emisión del dictamen del Sr. Manso sea un hecho notorio, atendiendo a que no ha recibido el mismo tratamiento y difusión por parte de los medios de comunicación).

7) La presente demanda se interpuso con fecha 15 de abril de 2015 (Diligencia de Decanato).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto del proceso y legislación aplicable

1.1. Objeto del proceso: La pretensión de la demanda interpuesta persigue, primero, la declaración de nulidad, por ser anulable por vicio del consentimiento, del contrato suscrito con Bankia, con ocasión de la oferta pública de suscripción, de compra de acciones de dicha entidad con fecha 19 de julio de 2011, por haber existido en su formación vicios del consentimiento, por error y por dolo de la demandada, y por falta de información por parte de la entidad emisora, y luego,

como efecto de esa declaración de nulidad, que se condene a Bankia a devolver la cantidad de 10.000 €, más los intereses devengados desde la fecha de compra de las mismas. Subsidiariamente, pretende la petición de condena dineraria, declarando la responsabilidad por daños y perjuicios causados, condenando a indemnizar los mismos.

La parte demandada se opone a todas esas pretensiones.

1.2. Legislación aplicable sobre la obligación de información con ocasión de una oferta pública de venta o suscripción de acciones: La resolución del conflicto requiere tener en cuenta las normas contenidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con carácter general, los arts. 78.bis, sobre clases de clientes, y 79.bis, sobre obligación de información, de la Ley del Mercado de Valores, preceptos incorporados a dicha LMV en virtud de la reforma realizada mediante la Ley 47/2007, de 19 diciembre 2007, y que entraron en vigor el 21.12.2007; así como el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión; y de forma especial, las referidas a la Oferta pública de venta o suscripción de valores (art. 30 bis, LMV), así como los requisitos de información para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial (art. 26), entre los que figura “la aportación, aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de un folleto informativo, así como su publicación” (art. 26.1.c), el contenido del folleto (art. 27), que contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, y “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” (cfr. art. 27.1), con un resumen que, de forma concisa y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores, entendiendo “por información fundamental, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando” (cfr. art. 27.3, LMV), con la posibilidad de exigir responsabilidad por la información que figura en el folleto al emisor, oferente o persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y a los administradores de los anteriores, por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante (art. 28, LMV).

1.3. La SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 29 de diciembre de 2014, Pte: Caruana Font de Mora, en su FJ Segundo, se refiere a la normativa aplicable y al deber de información:

“SEGUNDO. El valor negociable suscrito. Normativa aplicable y deber de información.

El producto financiero suscrito por los actores son acciones, instrumentos de inversión regulados en la Ley de Mercado de Valores de 1988 que expresamente en su artículo 2 las menciona como objeto de su aplicación. La normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual es, la protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de

riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos.

En el caso presente, es de resaltar por su gran relevancia y trascendencia solutiva, que nos encontramos ante una Oferta Pública de Suscripción (OPS) y Admisión a Negociación de Acciones, definida en el artículo 30 bis de la Ley Mercado de Valores, (“..toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores”). El legislador impone para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas, un deber específico y especial de información, regulado de forma exhaustiva, cual es, la publicación de un “folleto informativo”, confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, al caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción (artículo 30-2). Por consiguiente, el folleto informativo se revela como un deber esencial constituyendo el instrumento necesario e imperativo por el cual el inversor va a tener y conocer los elementos de juicio, necesarios y suficientes, para decidir la suscripción de tales acciones.

Estando a la redacción vigente cuando se emiten las nuevas acciones por Bankia, SA objeto de oferta pública (Junio 2011), tanto del artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del RD 2010/2005 de 4 de noviembre de 2005 que desarrolla dicha Ley, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción, fijan el contenido del folleto informativo en armonía con la Directiva 2003/71 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 que modifica la Directiva 2001/34 (Directiva del folleto). De este cuerpo legal, destacamos ahora por su pertinencia, como elemento primario y relevante objeto de esa “información suficiente” a dar al público, los riesgos del emisor, explicitados en los “ activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor” (artículo 27-1); con ello, el fin no es otro que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente (artículo 16 y 17 del RD 2010/2005) y la citada Directiva 2003/71 regla tal deber como información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación con la suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas (artículo 6 de la mentada Directiva) del emisor.

Además, el inversor tiene la garantía jurídica y confianza -dado que esos datos del folleto son confeccionados por el emisor- que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión de oferta pública.

En tal tesitura y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados y la propia ley del Mercado de Valores fija en su artículo 28 la responsabilidad por la información del folleto y obliga al autor del folleto informativo (artículo 28-2) a declarar que -a su entender- los datos son conformes a la realidad y no se omiten hechos que “por su naturaleza pudiera alterar su alcance”, fijando el artículo 28-3 (desarrollado en el artículo 36 del RD 1310/2005) una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus

administradores, no siendo ésta la acción entablada en la demanda iniciadora al actual procedimiento, sino que es la de nulidad contractual por vicio estructural (artículos 1265, 1266 y 1300 Código Civil) no excluida ni eliminada, obviamente, en el texto normativo referenciado, pues al fin y al cabo, la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato y en especial consideración a los que validan la emisión del consentimiento como elemento esencial de su perfeccionamiento”.

SEGUNDO: El error como vicio del consentimiento y la carga de su prueba. El incumplimiento de la obligación de informar como causa del error.

2.1. El consentimiento de los contratantes es un requisito esencial de los contratos porque si falta el consentimiento el contrato no puede darse (cfr. art. 1261, CC, al decir que “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento de los contratantes. ...”), consentimiento que supone una voluntad conforme con el contrato y que ha de ser una voluntad consciente y libre, de ahí que si el consentimiento está viciado, al haberse emitido por error, violencia, intimidación o dolo, debe considerarse nulo (ex – art. 1265, CC), y el contrato que cuente con un consentimiento viciado puede ser anulado (ex – art. 1300 y ss, CC).

En cuanto al error como vicio del consentimiento, la regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266, CC en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (cfr. STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho Gargallo). Una precisión: la terminología de la ineficacia del negocio jurídico es muy poco precisa, incluso en el propio Código civil, de ahí que los arts. 1261.1º en relación con el 1265 y el 1300, debidamente interpretados y aplicados, producen el efecto de la anulabilidad, es decir, la posibilidad del ejercicio de la acción de anulación, acción constitutiva cuya sentencia produce la anulación, con efecto retroactivo (cfr. STS de 16 de mayo de 2014, Pte: O’Callaghan Muñoz).

Los **requisitos para que el error en el consentimiento invalide el contrato**, conforme a lo dispuesto en el art. 1266, CC, serían: es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -art.1261.1º-, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien la padece, y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Además, 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 principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error, 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 concurren en el caso, incluso las personales, y no solo 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 por la declaración (STS de 28 de septiembre de 1996, Pte: González Poveda; y más recientes, STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho

Gargallo, del Pleno, con ocasión de un contrato de swap o permuta financiera, y STS de 10 de septiembre de 2014, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, con ocasión de un contrato de inversión en productos de Lehman Brothers).

Y de forma específica, con relación a contratos de inversión, la citada STS de 10 de septiembre de 2014, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, analiza el “Carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión”, de la siguiente forma:

“En primer lugar, que el error sobre las circunstancias fundamentales del riesgo (a qué eventos, y en relación a qué operadores económicos, se asocia el riesgo, si existe o no un fondo de cobertura o si el riesgo de pérdida está cubierto por la entidad con la que se contrata el producto emitido por un tercero) no es un error de cálculo, o «de las previsiones o combinaciones negociales» equiparable a dicho error de cálculo,

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto **conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos**. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores”.

Por otro lado, es el demandante quien tiene **la carga de probar la concurrencia de los vicios del consentimiento**—en este caso, el error- en que funda su pretensión de nulidad del contrato; hay que partir de que el consentimiento manifestado, especialmente si fue ante notario, para la celebración de un negocio jurídico es, en principio, libre y conscientemente prestado por quien interviene en el mismo, y ello no requiere de motivación añadida alguna. Será la conclusión contraria, la negación de validez y de efectividad del consentimiento así prestado, la que habrá de motivarse adecuadamente en atención a las pruebas practicadas de las que ello se deduzca (cfr. STS de 12 de febrero de 2013, Pte: Salas Carceller).

2.2. La falta de información como causa del error. La STS de 21 de noviembre de 2012, Pte: Ferrándiz Gabriel, afirma que no es correcta una equiparación, sin matices, entre defecto de información y error, al menos en términos absolutos, pero admite que “en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba”; de ahí que la doctrina sobre el error y la carga de su prueba deban ponerse en relación con la obligación de información que tiene la demandada. También, la STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho Gargallo: “Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos

financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”.

Como dice la STS de 10 de septiembre de 2014, Pte: Sarazá Jimena: “En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa”.

La acción no es no es un producto de inversión complejo, por lo que ni en su suscripción (mercado primario), ni en su compra (mercado secundario), no son necesarias las exigencias informativas de mayor rigor y nivel que la Ley del Mercado de Valores impone para productos complejos; y en concreto no resulta preceptiva la necesidad de practicar un test de conveniencia, excluido expresamente por el legislador, a tenor del art. 79 bis 8, LMV, recogiendo las directrices de la Directiva 2006/73. Como dice la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 29 de diciembre de 2014, Pte: Caruana Font de Mora, “la clara razón o fundamento de ello es que son productos fácilmente liquidables a precios públicamente disponibles, evaluados por un sistema independiente al emisor y, además, productos medianamente comprendidos en sus características por los inversores”.

La carga probatoria relativa a haber proporcionado al cliente la información adecuada, transparente y veraz recae en la entidad bancaria (en este sentido, SAP de Valencia, Sec. 6ª, de 12 de julio de 2012, Pte: Mestre Ramos; SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 5 de marzo de 2013, Pte: Andrés Cuenca); y ante la carga del actor de probar el error y la carga de la demandada de probar la información prestada, dice la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 20 de febrero de 2014, Pte: Martorell Zulueta, que “este Tribunal viene declarando que la carga de la prueba del error del consentimiento incumbe a quien lo alega, pero igualmente hemos declarado reiteradamente que la prueba de la información incumbe a la entidad bancaria que dice haberla efectuado, siendo que la prueba de la información es previa a la prueba del error”.

Y con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones, también “debía ser la entidad demandada la que acreditase ... que a época de oferta pública los datos publicitados eran correctos y reales” (SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 29 de diciembre de 2014, Pte: Caruana Font de Mora).

TERCERO: Con relación a la corrección, exactitud y veracidad del contenido del **folleto de emisión de la oferta pública de suscripción de las acciones de Bankia, S.A.**, laSAP de Valencia, Sec. 9ª, de 29 de diciembre de 2014, Pte: Caruana Font de Mora, dice lo siguiente en el FJ Cuarto:

“El Tribunal debe poner de manifiesto, de entrada, como viene reiterando de forma continuada, que el cumplimiento del deber de información corresponde acreditarlo a la parte demandada, más cuando el mismo está regulado legalmente y la acreditación del error como vicio en el consentimiento corresponde a quien insta la nulidad del contrato.

Si bien no consta aportado a autos el folleto de la emisión de las nuevas acciones de Bankia, SA (aún no desconociendo la Sala su registro público y acceso al mismo), con la demanda se aporta un informe pericial referido supra, al que la Sala otorga plena validez probatoria conforme al artículo 348 de la Ley Procesal civil, habiendo los peritos examinado las cuentas sociales auditadas, aprobadas y

depositadas de Bankia, SA del ejercicio 2011,- en concreto la cuenta de resultados de dicho ejercicio- y comparan con los datos informativos del resumen-folleto, concluyendo con la sustancial diferencia entre los beneficios publicitados en el folleto (309 millones de beneficios) frente a lo que se consignan en las cuentas anuales (3.030 millones de pérdidas reales), datos fácticos, por otra parte, no discutidos por la entidad demandada. Además, el autor (Dña. Nuria García Pascual) de tal dictamen pericial intervino en el acto del juicio poniendo de manifiesto a tenor de esos datos la ocultación en el mentado folleto de las pérdidas reales efectivas de la entidad Bankia, SA.

Debe este Tribunal resaltar que estamos ante el mismo y único ejercicio social, 2011, de Bankia, SA y el folleto está registrado y publicitado a mediados de 2011 y el resultado final contable auditado de ese ejercicio, aprobado definitivamente y depositado públicamente, es radical, absoluta y completamente diferente y diverso de lo informado y divulgado en el folleto. Con estos datos objetivos, junto con la pericial comentada y valorada, es evidente la enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral) revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio (artículo 281-4 Ley Enjuiciamiento Civil)-por conocimiento absoluto y general- que la entidad demandada solicitó, pocos meses después de tal emisión, la intervención pública con una inyección de una más que relevante cantidad de capital, so pena, de entrar en concurso de acreedores. Por consiguiente, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011, determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor, no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicitada y divulgada, ni la situación económico financiera real, y en todo caso, dados esos dos datos objetivos incontestes y la pericial practicada, demostrativos, en resumen, de la incorrección e inveracidad, amen de omisión, de la información del folleto en tales datos, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado no impugnar esos datos objetivos) que a época de oferta pública los datos publicitados eran correctos y reales, extremo no ocuriente. Evidente es que no basta -como alega y pretende la demandada- cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno y ello respecto a los beneficios y pérdidas de Bankia se ha demostrado que lo informado no era real.

La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores. No establece la Directiva 2003/71 del folleto, -fuera de la orden de su artículo 25 en la imposición de las sanciones y medidas administrativas apropiadas-, el régimen de responsabilidad civil por esa vulneración, dejándola a la regulación del derecho interno de cada estado miembro (así además declarado en la sentencia del TJUE de 19/12/2013 -Sala Segunda- asunto Inmofinanz AG, C-174/2912 sobre un caso de adquisición de acciones de una sociedad con vulneración de tal Directiva) y por ello concluye que no es contrario a la Directiva 2003/71/CE (y otras), una normativa nacional que en la transposición de la misma: "... establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas por estas Directivas y, por otra parte, obliga, como consecuencia de esa responsabilidad, a la sociedad de que se trata a reembolsar al adquirente el importe

correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas". Por consiguiente, como se ha expuesto supra, frente a la acción específica de daños y perjuicios, fijada en el artículo 28-2 de la Ley del Mercado de Valores, nada empuja a que tal vulneración pueda sustentar una acción como la presente de nulidad por vicio del consentimiento con la restitución de las prestaciones sustentada en la normativa del Código Civil, en cuanto integre los requisitos propios de la misma.

A los efectos de la acción ahora entablada, nulidad por error en el consentimiento, no se exige, la premisa de sentarse una falsedad documental o conducta falsaria por la emisora o sus administradores, pues para la protección del inversor, en esta sede civil, a tenor de la normativa expuesta, basta con que los datos inveraces u omitidos en el folleto, determinantes de la imagen de solvencia y económico-financiera de la sociedad, hubiesen sido esenciales y relevantes para la perfección contractual".

A lo anterior puede añadirse que ni el folleto informativo ni el resumen del folleto entregado al cliente cumplen las exigencias del art. 28.3, LMV, en el sentido de contener un resumen elaborado de forma concisa y en un lenguaje no técnico que proporcione la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores; pues su lectura muestra que "la información de los riesgos es críptica y no comprensible para una persona no experta; de una manera técnica y poco comprensible para personas legas" (cfr. SAP de Burgos, Sec. 3ª, de 11 de marzo de 2015, Pte: Sancho Fraile), lo que constituye un incumplimiento de la obligación de informar que puede calificarse de grave, especialmente porque el inversor debe basar su decisión en el contenido de ese folleto.

CUARTO: Aplicación al caso de las normas sobre carga de la prueba tanto de la información como del error en la adquisición de las acciones

En el caso enjuiciado, alegado por la parte actora el error al prestar su consentimiento como causa de su petición de nulidad, eran los demandantes quienes debían probar la existencia de ese error; y esa prueba ha tenido lugar precisamente porque la entidad demandada no ha probado que hubiera facilitado al cliente una información completa, clara y precisa, que le hubiera permitido prestar un consentimiento válido, y también porque la información suministrada mediante el folleto de emisión era incorrecta pues ofrecía la apariencia de una situación patrimonial de la entidad que no se ajustaba a la realidad.

Debe tenerse en cuenta que la información que debe facilitarse al inversor ha de versar sobre los concretos riesgos posibles, y entre ellos el riesgo de insolvencia de la entidad emisora, pues no basta con que el cliente tenga la conciencia de que, al estar contratando un producto de inversión, ello conlleva, per se, un riesgo; así lo entendió la STS de 10 de septiembre de 2014, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, dictada en un supuesto en que se invirtió en productos o acciones de Lehman Brothers y del banco islandés Kaupthing, ambos quebrados, al referirse a "la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia)"; sentencia para la que, además, es insuficiente informar sobre determinados riesgos (p.ej., la evolución del activo), si luego la pérdida de la inversión se produce por otros motivos distintos (en el caso, "insolvencia de la entidad emisora del producto"). Y en el presente litigio, el Folleto informativo, al referirse a los "Factores de riesgo específicos de Bankia", menciona el riesgo derivado de la presencia del FROB como acreedor del mayor accionista de la

entidad, BFA, menciona también el riesgo de accionista de control, a la exposición del mercado inmobiliario, indicando que las tasas de morosidad hipotecaria podrían influir en los resultados del Banco, etc., pero en ningún momento se alude al concreto riesgo de quiebra o insolvencia de la propia Bankia.

El demandante no desconocía que el negocio se refería a acciones de sociedad anónima que cotizan en Bolsa, por lo que el error no recae sobre el objeto del contrato, pero tenía un conocimiento equivocado o erróneo sobre la situación patrimonial de la entidad, por lo que puede concluirse que el error recae sobre aquellas condiciones de la cosa objeto del contrato que principalmente dieron lugar a su celebración, siendo un error relevante y esencial; todo ello por lo que seguidamente se explica siguiendo la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 29 de diciembre de 2014, Pte: Caruana Font de Mora:

1º) Es evidente que como norma general en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una “acción” de una sociedad anónima, su riesgo y el modo de fluctuar su valor -volátil a tenor del precio fijado por el propio mercado-, pero fácilmente accesible; pero todo ello no resta a que la información del folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública que es el caso presente, es un dato fáctico transcendental y debe ostentar los requisitos exigidos legalmente.

2º) Que el proceso de salida a emisión y suscripción pública de nuevas acciones esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público (CNMV), en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el folleto (confeccionado -es de advertir- por el emisor y no audita ni controla dicha Comisión) sean veraces, correctos o reales. El mentado organismo supervisa que se aporta la documentación e información exigida para dicha oferta pública, pero en modo alguno controla la veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, conforme al artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores.

3º) Nos encontramos ante la suscripción de emisión de acciones nuevas por oferta pública, donde se divulga un folleto informativo con unos datos esenciales sobre la situación financiera y riesgos de la emisora, sin que sea exigible de manera alguna la labor de investigación o comprobación de tales datos, como premisa para posteriormente decidir si se invierte o no; pues, caso contrario, estaríamos dando prevalencia a una desconfianza en el propio sistema, totalmente contrario, precisamente, a todo el proceso de control y supervisión fijado por la Ley, generador de la confianza y seguridad jurídica en el inversor.

4º) Que la información económico financiera real y verdadera de la emisora y por tanto la imagen económica y solvencia real, no fuese la informada en el folleto de la oferta pública de suscripción, no puede ser ajeno a este proceso dada la acción de nulidad entablada desde la óptica del error como vicio en el consentimiento. Estando en contratos de inversión y en concreto de suscripción de nuevas acciones de las sociedades anónimas, donde el beneficio que se espera o desea obtener, por norma general, es el rendimiento o dividendo, resulta obvio no ser ajeno a dicho deseo o causa, que tal sociedad emisora obtenga beneficios que motivan tal rendimiento a que esté en pérdidas que excluyen el mismo.

5º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

6º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa

información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-millonarias.

7º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

8º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Estas conclusiones son también reiteradas en las siguientes resoluciones:

SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 7 de enero de 2015, Pte: Caruana Font de Mora; SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 21 de enero de 2015, Pte: Caruana Font de Mora; SAP de Valencia, Sec. 8ª, de 25 de febrero de 2015, Pte: Gómez-Moreno Mora; SAP de Ávila, Sec. 1ª, de 9 de febrero de 2015, Pte: Callejo Sánchez, para la que “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”, y añade que “la realidad conocida y pública, esto es, que la deuda de Bankia superaba con mucho en 2011 los 13.000 millones, razón por la que se instó la correspondiente querrela contra los directivos”; SAP de Burgos, Sec. 3ª, de 11 de marzo de 2015, Pte: Sancho Fraile; SAP de Asturias, Sec. 5ª, de 23 de marzo de 2015, Pte: Álvarez Seijo; SAP de Burgos, Sec. 3ª, de 15 de abril de 2015, Pte: Sancho Fraile; SAP de Madrid, Sec. 8ª, de 8 de mayo de 2015, Pte: Pereda Laredo, siendo el demandante una sociedad limitada; SAP de Asturias, Sec. 5ª, de 11 de mayo de 2015, Pte: Pueyo Mateo; SAP de Albacete, Sec. 1ª, de 26 de mayo de 2015, Pte: Monsalve Argandoña; y SAP de Valencia, Sec. 6ª, de 26 de mayo de 2015, Pte: Ortega Llorca.

La SAP de Burgos, Sec. 3ª, de 11 de marzo de 2015, Pte: Sancho Fraile, añade lo siguiente: “el Juez añade dos hechos, que se consideran como hechos-base acreditados: que, en mayo de 2012, diez meses después de la salida a bolsa de la OPESA (un plazo breve de tiempo) acontecen dos sucesos importantes, uno, que la auditora de “Bankia S.A.” se niega a respaldar las cuentas anuales del año 2011, con beneficios de 309 millones de euros (hecho-base acreditado); y el otro, que a resultas de tales cuentas la entidad bancaria mencionada fue intervenida por el FROB, con nuevo Consejo de Administración y recapitalización con fondos públicos; todo lo cual motivó el desplome de la cotización de las acciones, imponiéndose a los tenedores de acciones, preferentes o subordinadas una pérdida de la inversión - canje de 100 acciones adquiridas por una acción nueva, con un valor inferior a las originarias- (hechos-base acreditados). Aunque la formulación de las cuentas del año 2011 y la intervención de “Bankia” en mayo de 2012 es posterior a la OPA, de julio de 2011 es lógico inferir, como argumenta el Juez de Instancia, que en un plazo de diez meses, no sobreviene, ex novo, esta situación financiera, estando presente en la entidad, de forma conocida o, al menos, susceptible de serlo con empleo de una diligencia normal, para evitar la publicidad de un folleto que no describía ni se correspondía con la situación financiera real de la Sociedad. La inferencia del hecho-consecuencia es lógica, coherente, con los hechos-base acreditados, por lo que no se aprecia infracción del art. 386 LEC”.

Pero la SAP de Madrid, Sec. 8ª, de 8 de mayo de 2015, Pte: Pereda Laredo, no considera que se trate de presunciones sino de “hechos constatados”,

pues afirma que “la situación financiera de Bankia que esta publicó en el folleto para su salida a Bolsa no era la real, de modo que la confianza con que la actora Ingeasa, SA adquirió acciones de una entidad que se afirmaba solvente no respondía a la realidad económica de Bankia. No se trata, sin embargo, de una presunción -como alega la apelante Bankia-, sino de un hecho constatado por la reformulación de cuentas de 25 de mayo de 2012, que desmiente que en el primer trimestre de 2011 pudiera haber obtenido beneficios si el resultado global del ejercicio de 2011 es de unas pérdidas cercanas a los 3.000 millones de euros. Bankia ha pretendido justificar esta más que sustancial discrepancia acudiendo a argumentos genéricos, como la desfavorable situación económica del segundo semestre de 2011 o las medidas legislativas adoptadas a principios de 2012, lo que no constituye prueba alguna de que hayan tenido ninguna incidencia en una rectificación de cuentas tan sustancial como la expuesta; se trata de especulaciones genéricas, no de la prueba de hechos concretos con una específica repercusión en esa transformación sustancial de las cuentas de Bankia de 2011. No se demuestra por Bankia con prueba alguna que la información suministrada en el folleto fuera real, como le incumbe, dado que es responsable de esa información (artículo 28.1 de la LMV); la postura adoptada en este proceso de pretender que era veraz la información ofrecida en el folleto choca frontalmente con la realidad asumida por Bankia y comprobada después desde la reformulación de cuentas de mayo de 2012 de que su situación financiera real no tenía nada que ver con las afirmaciones de solvencia y garantía que se ofrecieron en el momento de su salida a Bolsa”.

También para la SAP de Albacete, Sec. 1ª, de 26 de mayo de 2015, Pte: Monsalve Argandoña, “estos datos (los que este Juzgador ha relatado en el apartado de Hechos probados), objetivos e indubitados, revelan con evidencia que la imagen de solvencia que se transmitió el día de la comercialización de las acciones, tanto a través del folleto como de las declaraciones y campañas publicitarias, no se correspondía con la realidad financiera y contable, conclusión a la que se llega por la nueva reformulación de cuentas realizada por la propia entidad, modificando la anterior, y por la intervención del FROB y la necesidad de recapitalización (19.000 millones de euros) con dinero público apenas pocos meses después de la emisión de las acciones”.

Y para la SAP de Valencia, Sec. 6ª, de 26 de mayo de 2015, Pte: Ortega Llorca, “Bankia quebrantó clamorosamente ese deber de información cuando en el folleto OPS que entregó a los actores ocultó su verdadera situación patrimonial y financiera, provocándoles que su consentimiento estuviera viciado por el error que recaía sobre la solvencia de Bankia que principalmente dio motivo a celebrar el contrato de suscripción de sus acciones (art. 1266 CC), error causado por dolo civil grave y unilateral (art. 1270 CC), pues la redacción que dio al mencionado folleto cae de lleno en el concepto de ‘maquinación insidiosa’ que indujo a los demandantes a celebrar ese contrato, que de otro modo no hubieran celebrado (art. 1269 CC)”.

Ante una realidad tan evidente -una sociedad que pocos meses después de salir a Bolsa necesita unas ayudas públicas superiores a veintidós mil millones de euros, so pena de quebrar-, las alegaciones de la parte demandada en el sentido de que otros peritos han emitido informes según los cuales la situación patrimonial de la entidad era la que se reflejaba en el Folleto informativo, no pueden aceptarse y sólo cabe preguntarse con ironía, como hiciera Marx, Groucho (ver Sopa de Ganso: Chico Marx)“, ¿a quién va usted a creer, a mí o a sus propios ojos?”, .

Por tanto, existiendo un error en el consentimiento del demandante, al adquirir las acciones, error que es grave, esencial y excusable, procede estimar la acción de anulabilidad, con los efectos que se dirán.

QUINTO: Efectos de la declaración de nulidad (anulabilidad)

A continuación debemos examinar los efectos de la declaración de nulidad del contrato.

5.1. Nulidad del contrato de adquisición de acciones.

Los efectos son los mismos cuando se declara la anulabilidad de un contrato que cuando se declara su nulidad absoluta, esto es, son los previstos en el art. 1303, CC, según el cual "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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 2008, Pte: Sierra Gil de la Cuesta, y la STS de 2 de julio de 2012, Pte: Gimeno-Bayón Cobos: "nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos exige destruir sus consecuencias a fin de retrotraer la situación al estado previo a su perfeccionamiento para borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos - quod nullum est nullum producit effectum (lo que es nulo no produce ningún efecto) -".

5.2. Los efectos en el caso enjuiciado:

Anulado el contrato de adquisición de acciones, el efecto de dicha anulación es que las partes se restituyan las recíprocas prestaciones, esto es, por lo que el demandante deberá restituir las acciones en su día adquiridas, y la entidad demandada deberá devolver el importe de la suscripción más los intereses legales devengados desde aquella fecha.

Así lo entiende también la reiterada SAP de 29 de diciembre de 2014, Pte: Caruana Font de Mora, en su FJ Sexto: "Efectos de la nulidad de la suscripción de acciones de la sociedad anónima demandada. Dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil, debiendo el actor devolver a Bankia, SA las acciones suscritas (efecto amparado por el TJUE en la sentencia de 19/12/2013 mentada supra, pues al igual que en tal caso, estamos ante un contrato de inversión como previo al de adquisición de la cualidad de accionista) y Bankia deberá devolver a los actores el importe de la suscripción más los intereses legales."

SEXTO: Costas e intereses

En cuanto a las costas causadas, por aplicación estricta del criterio del vencimiento recogido en el art. 394.1, LEC, deben ser impuestas a la parte demandada, al haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

De acuerdo con el art. 576, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO:

Que estimando la presente demanda formulada por DON -----, representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D.^a Francisco Javier Blasco Mateu, contra BANKIA, S.A., representado/a por el/la Procurador/a D./D.^a -----, debo:

1) Declarar la nulidad (anulabilidad) del contrato de orden de compra de acciones, celebrado entre las partes en 30 de junio de 2011, por importe de 10.000 €.

2) declarar, como efecto del anterior pronunciamiento, la obligación de las partes de restituirse las prestaciones en la forma indicada en el fundamento jurídico quinto, apartado 5.2;

3) condenar a la demandada Bankia a abonar a los demandantes la cantidad de 9.997'50 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de adquisición de las acciones (19 de julio de 2011) hasta la fecha de esta resolución, y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago;

4) con expresa condena en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial (art. 455, LEC). El recurso de apelación se interpondrá ante este Tribunal dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se impugne; y en la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458.1 y 2, LEC)..

Se indica también que para recurrir será necesario la constitución de un depósito por importe de 50 euros, en la entidad de crédito Banesto y en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado, y acreditar su constitución, con apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (DA Decimoquinta de la LOPJ, añadida por LO 1/2009, de 3 de noviembre: BOE 4.11.09).

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a veinticinco de junio de dos mil quince .