

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 98 DE MADRID

C/ Princesa, 3 , Planta 7 - 28008

Tfno: 914437891

Fax: 914437890

42020306



(01) 30365198082

NIG: 28.079.00.2-2015/0112504

Procedimiento: Juicio Verbal (250.2) 664/2015

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL MAR RODRIGUEZ GIL

Demandado: BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA Nº 155/2015

En Madrid a 16 de julio de 2015

Vistos por D. Alfredo del Cura Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 98 de Madrid, los presentes autos de Juicio Verbal, seguidos en este Juzgado bajo el número arriba indicado, sobre reclamación de cantidad por nulidad contractual, a instancia de D. [REDACTED]n, representado por la procuradora Sª Rodríguez Gil, frente a la mercantil **BANKIA SA**, representada por el procurador Sr. Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora Sª Rodríguez Gil, en la representación acreditada, se interpuso el 22-05-15 demanda de juicio ordinario frente a la mercantil demandada solicitando la nulidad o anulabilidad de las adquisiciones de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 5-07-11, por importe de 3.000 euros, más los intereses legales y costas, demanda que fue turnada a este Juzgado el 2-06-15. Subsidiariamente ejercita la acción de reclamación por incumplimiento del demandado de los deberes de lealtad información y transparencia de la entidad demandada con solicitud de una indemnización de daños y perjuicios por el perjuicio causado, que cifró en 3.000 euros con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

SEGUNDO.- Mediante decreto de 19-06-15, se admitió a trámite la demanda y se convocó a las partes a la vista del 16-07-15, en la que la actora se ratificó en su pretensión y la demandada contestó a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora y alegando la existencia de prejudicialidad penal.

No se alcanzó acuerdo entre las parte ni se propuso más prueba que la documental por lo que quedaron los autos para sentencia.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo fundamental de la petición de suspensión por prejudicialidad penal se basa en que no puede considerarse un hecho notorio que las cuentas de Bankia estaban falseadas para dar una apariencia irreal de solvencia cuando salió la oferta pública de salida a bolsa. Considera el demandado que no puede considerarse un hecho notorio puesto que eso es precisamente lo que se está discutiendo en el procedimiento penal con arduos informes periciales.

Debe citarse el *Auto de la sección 21ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de marzo de 2011: "Con carácter general debemos indicar que, conforme a constante y reiterada jurisprudencia, la existencia de una cuestión prejudicial penal debe ser interpretada de forma restrictiva con el fin de evitar la suspensión abusiva de los procedimientos civiles en curso, de forma que solo habrá lugar a apreciar la prejudicialidad penal cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal, sin que haya lugar por ello a apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo a dictarse por el del procedimiento penal entablado, en tanto que no haya de fundamentarse aquél en documento respecto de cuya falsedad se dude o en la existencia de cualesquiera otros hechos que pudieran ser constitutivos de delito".*

Sin perjuicio de cuáles sean los derroteros del procedimiento penal, y su duración, la existencia de una resolución en la vía penal que declare probados los hechos constitutivos de falsedad documental no condiciona ni determina como antecedente los presupuestos de la nulidad contractual, que se debate en el procedimiento civil, pues la falsedad de la que se trata es la relativa a la contabilidad, no a los documentos firmados entre las partes generadores del negocio jurídico civil, por lo que no estamos ante el supuesto regulado en el art. 40.4 LECivil, ya que los documentos contables presuntamente falseados no son determinantes para resolver la cuestión civil.

La parte actora ejercita la acción de nulidad o anulabilidad contractual por error en el consentimiento prestado y por dolo, utilizado por la demandada, en la suscripción de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 7-07-11, por importe de 4.998,75 euros. Afirma que la demandada incumplió con sus obligaciones legales de información de los riesgos que entrañaba la suscripción, además de entender que en la oferta de las acciones no se reflejaba la situación real de la compañía, lo que produjo el error en la actora, que le llevó a suscribir las acciones. Invoca las disposiciones del Código Civil en cuanto a los contratos, así como la específica de los mercados financieros, como es el caso de la Directiva 2004/39/CE MIFID, Ley 47 / 2007 que modificaba la Ley del Mercado de Valores (artículos 78

bis y 79 bis), además el Real Decreto 629/1993 de 3 de Mayo, en su artículo 15, y las normas de protección de consumidores y usuarios (Texto Refundido).

Por su parte, la demandada se opone afirmando el cumplimiento de la normativa y los deberes de información, puesto que el folleto y demás documentación de la emisión de acciones reflejaba la imagen fiel de la entidad. Asimismo, niega la existencia de dolo o voluntad dañosa en la información suministrada por parte de sus empleados a los suscriptores de acciones en el momento previo a su salida a bolsa y, considera que la caída del valor de las mismas es consustancial al carácter volátil del producto en sí y, del hecho de que cotice en mercados primarios, lo que determina que su valor en cotización depende de factores externos sobre los que la entidad nada puede influir o controlar y, que por ende, la persona que adquiere éste tipo de producto sabe y conoce que el mismo está sujeto a las tensiones propias del mercado en el que cotiza y, que este puede hacer influir al alza o la baja su cotización, y por tanto, su valor en venta ulterior, por lo que considera que ninguna acción dolosa o engaño han cometido los empleados de la entidad al comercializar el producto, sino que la caída del valor de las acciones es consecuencia de aspectos externos a la entidad, sobre los que ningún control tiene la misma y, por ende, procede la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- La cuestión suscitada en autos ha sido resuelta por la Audiencia Provincial de Valencia, sección novena en sentencia de 29 de diciembre de 2014, y por otra de la misma sección de fecha 7-01-15. En dichas resoluciones se dice: *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 transcendencia 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-) 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.

Por último, para culminar este fundamento, es de precisar, que la acción como instrumento financiero no es un producto de inversión complejo -como certeramente califica la sentencia de instancia-, por tanto, ya en su suscripción (mercado primario) ya 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; en concreto, ante las alegaciones de los demandantes apelantes, no resulta preceptiva la necesidad de practicar un test de conveniencia, excluido expresamente por el legislador, como así fija expresamente el artículo 79 bis 8 de la mentada Ley, recogiendo las directrices de la Directiva 2006/73. 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 carencia de relación contractual entre litigantes de un contrato de gestión de cartera o de asesoramiento en materia de inversiones, excluye, igualmente, la necesidad de la práctica del test de idoneidad.”

TERCERO.- En el caso de autos, no se trata de que los actores confundieran las acciones adquiridas con otro producto (un plazo fijo) o, que los empleados de la entidad demandada no trasladaran a los actores las características esenciales que conforman la naturaleza jurídico económica del producto adquirido (acciones), omitiendo una información esencial sobre el tipo de producto que les comercializaban, como ha acontecido sistemáticamente con la comercialización de las participaciones preferentes y/o obligaciones subordinadas. Además es difícilmente defendible que en el siglo en el que vivimos, el ciudadano medio no sepa que las acciones de una sociedad cotizada en bolsa, como parte alícuota de la misma, al estar sometida a los influjos del mercado primario, pueden reflejar oscilación al alza o a la baja de su valor y, por ende, pueden experimentar variaciones de su cotización en el mercado de forma consecutiva a su comercialización o dependiendo de factores externos a la voluntad de las partes y, sometidos a las oscilaciones del mercado financiero nacional e incluso internacional.

Por otra parte, es un hecho comúnmente aceptado por una persona sin especiales conocimientos que, una acción de una sociedad cotizada en bolsa, puede experimentar, incluso de un día para otro, unas oscilaciones en el mercado en el que cotizan que pueden hacer ganar o perder parte del valor de adquisición del producto y, con ello, beneficiarse o perjudicarse el adquirente, que al comprar acciones de sociedades cotizadas en bolsa, acepta el riesgo inherente a su cotización variable, por lo que es difícil, por no decir imposible, alegar vicio en el

consentimiento por desconocimiento de la naturaleza del producto o error en la identificación de las características esenciales del mismo, por omisión de traslación de la información adecuada. Ahora bien, en el caso de autos, concurre un hecho que sí permite la declaración del vicio del consentimiento pretendido por la actora y con ello la estimación de la demanda, toda vez que la información sobre la solvencia de la entidad BANKIA SA facilitada por los empleados de la misma de forma previa a la salida al mercado de la referida entidad en julio de 2.011, fue notoriamente incorrecta.

Se publicitó la salida a bolsa de BANKIA SA, por los medios de comunicación social, como si de una empresa absolutamente solvente se tratase, como uno de los grupos financieros más solventes del Estado, hasta el punto que se defendió por los empleados de banca que el valor nominal de compra de la acción por 2 euros, más la prima de emisión para la entidad de 1,75 euros, le comportaría al adquirente un beneficio mínimo e inmediato de 0,25 o 1,30 euros por acción, por cuanto la emisión se hacía por debajo del valor de mercado que se estimaba en 4,00 o 5,05 euros el primer día de cotización. Ello comportaba el que, al comercializarse las acciones con un mínimo de 1.000 € de inversión, el primer día de cotización de las mismas, éstas se revalorizarían en una media de 300 € por cada 1.000 € invertidos, que supone una rentabilidad del 23 por 100 en un solo día. Es decir, una rentabilidad más que prometedor para un solo día de cotización, sin perjuicio de las oscilaciones al alza o la baja ulterior. Pero incluso, el que las expectativas del mercado no cumplieren ulteriormente las previsiones iniciales, podría aceptarse como una regla del carácter volátil de la inversión en acciones en bolsa, por cuanto si alta es su rentabilidad inicial, también alta puede ser su depreciación por factores externos a la propia entidad y, por esa sola causa, no procedería la estimación de la demanda por vicio en el consentimiento, ya que el alza o baja del valor de la acción de una sociedad cotizada en bolsa es consustancial a su naturaleza y esencia y, si altos pueden ser los beneficios, también altos pueden ser los perjuicios.

Pero llegados a este punto, la cuestión a dilucidar versa sobre si esta imagen de solvencia transmitida por la entidad, que no se correspondía con la realidad, es suficiente para provocar error en el consentimiento de la actora. Pues bien, resulta que la demandada publicitó por los medios de comunicación social su salida a bolsa (OPS), siendo ofrecido el producto por los empleados de Bankia a sus clientes, como si de una empresa absolutamente solvente se tratase, valiéndose de una imagen de fuerza y solvencia amparada por la fusión de siete Cajas de Ahorros (entre ellas Caja Madrid y Banco de Valencia S.A.), con unas cifras de estabilidad y solvencia que no se correspondían con la realidad, pero que hacían muy atractiva la adquisición de acciones, con un valor nominal de compra de la acción por 2 euros, más la prima de emisión de 1,75 euros, lo que comportaría al adquirente un beneficio mínimo e inmediato. Por lo tanto, la demandada facilitó tanto personal (a través de sus empleados) como mediáticamente (campaña publicitaria a través de medios de comunicación social), una información no acorde con la realidad, de aparente solvencia, que sin lugar a dudas influye en la voluntad de compra del adquirente de las acciones hasta el punto de que, sin esa imagen de solvencia, el

negocio no se hubiera realizado. Es evidente que si a un ciudadano medio se le indica que una entidad que va a salir a bolsa es solvente y además constituye uno de los principales grupos económicos y financieros del país (fusión de varias Cajas), trasladándole información contable de solvencia, se está afectando a la esencia misma de la causa por la que se adquiere el producto, en este caso, la solvencia de la entidad en la que se confía, toda vez que una acción es una parte alícuota de la sociedad y, como tal, a mayor solvencia de la misma, mayor capacidad de influir en la voluntad de los suscriptores para su adquisición en tanto mayores dividendos (beneficios) se espera de la misma.

Por tanto, puede considerarse que se ha cometido dolo activo e incorrecta transmisión de la información precontractual y contractual por la demandada a sus clientes, por cuanto la información que la misma suministró a éstos sobre su solvencia y su patrimonio era notoriamente incorrecta, por no decir falsa. En la publicidad mediática que se suministro en la prensa en la indicada fecha se presenta a BANKIA SA como una de las principales entidades financieras en España, cuyos activos totales al cierre del ejercicio del 2.011 ascendían a cerca de 300.000.000.000 euros, con más de 11.200.000 clientes y 3.284 oficinas. Es decir, se identifica a la demandada con una solvencia importante, acompañada de una más que notoria publicidad mediática que no puede ser desconocida por ningún ciudadano español que en la indicada época viese la televisión o leyese prensa, que llevó a pensar a cuantos suscribieron las acciones que, poco más que se convertían en banqueros y que al poco de realizar la referida operación se podrían vender sus acciones en bolsa y recuperar la inversión efectuada, cuando la realidad ulterior de los acontecimientos no fue esa.

Es un hecho más que notorio y que no necesita de prueba alguna que la entidad BANKIA SA, que salió a bolsa el 20 de julio de 2.011, fue suspendida en su cotización por la CNMV el 25 de mayo de 2.012 a petición de la propia entidad, ya que el día antes había cerrado su cotización en bolsa con un valor de 1,75 euros por acción (menos de la mitad del precio de salida que fue de 3,75 euros) y, ese mismo día el Consejo de Administración de la entidad solicita al Estado una inyección de 19.000.000.000 de euros de dinero público para el grupo del BANCO FINANCIERO Y AHORRO SA, matriz de BANKIA SA en la que se integra ésta (de los que 12.000.000.000 de euros son para dicha entidad), cifra que sumados a los 4.465.000.000 previamente recibidos (el 9 de mayo de 2.012 BFA procede a comunicar a la CNMV que el consejo de Administración de la entidad había acordado por unanimidad ese mismo día dirigirse al FROB, a través del Banco de España, solicitando la aplicación del procedimiento de conversión con la finalidad de que los 4.465.000.000 euros emitidos en participaciones preferentes convertibles por BFA y suscritas por el FROB, se conviertan en acciones de BFA) arroja un total de 23.465.000.000 de euros de fondos públicos para su rescate.

Es decir, que de la publicidad efectuada por la entidad previa al mes de julio de 2.011 para la suscripción minorista de las acciones de BANKIA, cuyos activos totales al cierre del ejercicio del 2.011 se afirmaba eran de cerca de 300.000.000.000 euros, se pasa el 25 de mayo de 2.012 (en menos de un año) a

un agujero de 23.465.000.000 de euros que precisa de la inyección del dinero público estatal para evitar la declaración del concurso de acreedores de la entidad, dada su quiebra técnica y con ella, su disolución.

En el periodo intermedio que oscila desde el mes de julio de 2.011 (salida a bolsa) hasta la inyección de dinero público a la demandada (mayo de 2.012) es también de dominio público y notorio e, incluso como hecho relevante puesto de manifiesto además de por los medios de comunicación, por todos los organismos de control financiero del Estado, que BANKIA SA estaba en situación técnica de declaración de concurso de acreedores (causa de la necesidad del rescate) hasta el punto de que la auditora Deloitte encargada de auditar las cuentas de la demandada por primera vez [sorprendentemente se permitió su salida a bolsa sin tener las cuentas auditadas, pese a que su consolidación y existencia misma en el mercado era reciente y escasa y no existían previamente ni cuentas auditadas y consolidadas del año previo y precedente al ejercicio de su constitución] se negó a suscribir y avalar las cuentas de la misma por cuanto BFA SA (matriz de BANKIA) - sólo reconocía una pérdida de 439 millones individual y un beneficio de 41 millones consolidado- cuando en realidad las cuentas reformuladas y auditadas del Banco Financiero y de Ahorro (BFA), arrojó unas pérdidas consolidadas de 3.318.000.000 de euros.

Deloitte va más allá en su informe (doc. nº 12 Demanda) y también sostiene que *"de acuerdo a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, las sociedades anónimas se encuentran en causa de disolución cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad de su capital social. A 31 de diciembre de 2011, el patrimonio neto de BFA SA, (matriz de BANKIA SA) no alcanzaba la mitad de su capital social como consecuencia de las pérdidas acumuladas hasta ese momento"*. Esta situación crítica es la que hace necesaria la inyección de 23.465.000.000 euros de dinero público para recapitalizar BFA (matriz de BANKIA SA) y sacarle de dicha causa de disolución. Es decir, una vez aprobada la concesión de este capital deja de estar en esa situación y puede seguir operando como sociedad anónima, si bien bajo control estatal, como es evidente.

En el folleto de la oferta pública de emisión de las nuevas acciones de Bankia SA, se publica como dato relevante de solvencia los beneficios anunciados de 309 millones de euros. Sin embargo, ya se ha visto que las cuentas finales de la entidad demandada del ejercicio 2011 reflejan unas pérdidas reales y efectivas de más de 3.000 millones de euros que motivaron la petición y consecuente intervención estatal de tal entidad con la oportuna inyección de capital público. Ello contrasta con los datos que en el folleto se anunciaban de unos beneficios y una solvencia que posteriormente se constataron no eran reales y que todo el mundo dio por buena la información del folleto, afirmaciones claras, explícitas y nada imprecisas y que además son completamente acordes con el contenido del folleto y con el resultado de pérdidas reales de las cuentas sociales de la entidad demandada.

CUARTO.- Teniendo presente esos datos objetivos acreditados, debe considerarse 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 tales premisas fácticas, se puede concluir, como hacen igualmente las sentencias citadas de la Audiencia Provincial de Valencia que *“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”*.

La incorrección, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir -al igual que en las repetidas sentencias de 29-12-14 y de 7-01-15 de la Audiencia Provincial de Valencia - 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 de la sociedad emisora; por tanto, se vulneró la legislación del Mercado de Valores. Por consiguiente, 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.

El fundamento presente debe concluir con la advertencia de que 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.

La entidad demandada, en el proceso de comercialización de las acciones de la misma en los meses previos a su salida a bolsa en julio de 2.011, no solo

omitió la información real de su situación patrimonial y de solvencia económica (no auditada en ningún momento por una empresa externa, pese a la reciente constitución del BFA y de BANKIA) sino que exageró (por no decir falseó) su situación de solvencia aparente, al objeto de que la suscripción de las acciones por los particulares fuese atractiva para los mismos, amparados en unos números de estabilidad y solvencia que el tiempo ha demostrado que no solo no eran reales, sino que ocultaban la situación de quiebra técnica de la entidad, que estuvo en situación de causa de disolución jurídica y económica, a la que no llegó gracias al rescate de la misma por el dinero público.

Es esta circunstancia la que se valora como elemento integrante del dolo activo y el engaño civil padecido por los suscriptores de acciones en el momento previo a su salida a bolsa, en el ámbito estrictamente civil, por cuanto la entidad (que no sus empleados que actuaron conforme a las indicaciones de sus superiores) facilitaron a los compradores, personal y mediáticamente, una información irreal, exagerada y aparentemente solvente, para promover e incentivar la voluntad de compra de los mismos, pero no ajustada a la realidad, es decir, lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado una y otra vez como elementos integrantes del dolo puro y duro, el artificio contable como la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que consiste tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado.

Es decir, el engaño o maquinación fraudulenta en la exageración de la calidad y circunstancias del producto (solvencia de la entidad para influir en la adquisición de las acciones de la misma por los suscriptores) que influye en la voluntad del adquirente de tal forma que le hace suscribir o adquirir el mismo, que de otra forma no hubiera efectuado.

Es difícil pensar que si una entidad de reciente creación, con menos de un año de vida en el mundo jurídico económico, sin las cuentas anuales del ejercicio precedente consolidadas y auditadas por una empresa de auditoría externa solvente y responsable, sale a bolsa por primera vez en la vida y le indica a los posibles suscriptores de las acciones de la misma que está en situación de quiebra técnica por pérdidas consolidadas de 3.318.000.000 euros, que pueden comportar su disolución o su declaración de concurso de acreedores, el ciudadano medio, en su cabal juicio, vaya a suscribir acción alguna de ésta.

QUINTO.- En la aplicación del artículo 1265 y 1266 del Código Civil, reguladores del error como vicio del consentimiento contractual, el Tribunal Supremo, en su exégesis ha establecido como muestra la sentencia de 21/11/2012 dictada en productos de inversión: *“Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias 114/1985 de 18 de febrero, 295/1994 de 29 de marzo, 756/1996 de 28 de septiembre, 434/1997 de 21 de mayo, 695/2010 de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación*

mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea”

Complementan dicha sentencia a la que también citan, las sentencias del Alto Tribunal de 29/10/2013 y 20/1/2014 explicitando: *“El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CCivil). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.*

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.”

En cuanto a los requisitos para que estemos en el vicio estructural las mentadas sentencias lo resumen en *“Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”.*

Teniendo presente tal doctrina legal y jurisprudencial, aplicada al supuesto de hecho que enjuicamos, concurren, todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio estructural del negocio de suscripción de las acciones. No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones;

1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de

las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-mil millonarias.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor. Aquí el caso es aún más claro que en otros supuestos de declaración jurisprudencial del error, toda vez que difícilmente puede exigírsele otra conducta de comprobación o verificación al ciudadano medio sobre la solvencia de BANKIA SA, cuando los organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dicho menester, no fueron capaces de detectar la situación de quiebra de la entidad antes de su salida a bolsa, permitiendo el 20 de julio de 2.011 su salida a bolsa, pese a que la auditora encargada de la verificación de la contabilidad de la misma no había auditado sus cuentas y, pese a que la misma, dada su reciente creación, ni tan siquiera había presentado aún una cuentas consolidadas del ejercicio precedente, aspectos todos ellos inexcusables en un organismo especializados y reguladores del mercado financiero, pero absolutamente excusable en un ciudadano medio que confía en que éstos reguladores verificaran correctamente su labor y no permitirán la salida a bolsa de una entidad en las condiciones en que lo hicieron.

Por las consideraciones expuestas, la aplicación del artículo 1265 y 1266 en relación con el artículo 1300 del Código Civil, conlleva a estimar la acción de nulidad planteada sobre las acciones adquiridas.

SEXTO.- Dado el vicio contractual estimado, resulta de aplicación el artículo 1303 del Código Civil, debiendo el actor devolver a Bankia SA las acciones suscritas y Bankia deberá devolver a la parte actora el importe de la suscripción, 3.000 euros, más los intereses legales y la actora reintegrar a la demandada las acciones más los dividendos en su caso obtenidos con sus intereses legales.

Asimismo, al objeto de evitar nuevas contiendas en la fase de ejecución de sentencia que generen costas para una u otra parte, ya se adelanta "*obiter dicta*"

que a la hora de proceder la demandada a la restitución de los importes que se le imponen en la presente resolución, no deberá devolver los importes que ha retenido a la actora en concepto de IRPF y que ha procedido a ingresar en la Hacienda Pública durante la ejecución del contrato cuando el mismo no había sido aún declarado nulo por vicio del consentimiento.

Dispone el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, que en su artículo primero aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, por el que se prevé en su artículo primero que el indicado reglamento, además de desarrollar la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, prevé el mecanismo de reembolso por la Administración Tributaria de los importes que, si bien fueron debidamente ingresados en su momento, conforme a la vigencia y ejecución de un contrato como el de autos, con posterioridad el mismo ha sido declarado nulo por resolución judicial firme y, con base a la indicada declaración, procede la restitución, de los importes que se han ingresado y/o pagado ante la Hacienda Pública con base al contrato inicialmente vigente y válido. Será a la actora, en su caso, a quien corresponde instar los procedimientos que considere de aplicación ante el organismo que estime de interés, para reclamar ante el mismo, la devolución de los importes que su mandante ha pagado (retenidos por la entidad de crédito e ingresados por ésta en su momento) al objeto de que, si se dan las circunstancias que determina el Real Decreto, proceda la indicada Hacienda Pública a la devolución de las indicadas retenciones y/o liquidaciones, respecto de las que en ningún caso se pronuncia este órgano judicial no ser de su competencia ni materia, pero sin que le sea exigible a la demandada, en abstracto, otra conducta que la devolución íntegra del capital invertido, por cuanto es lícito que la misma no devuelva a la actora, los importes que la misma ha ingresado, por disposición legal, ante la Hacienda Pública, de forma periódica a medida que se devengaban los intereses correspondientes a la inversión efectuada y, cuando el contrato que vinculaba a las partes estaba vigente y era de obligado cumplimiento entre estas.

SEPTIMO.- Que al estimarse la demanda, a los efectos del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la demandada.

FALLO

Que debo estimar y **estimo íntegramente** la demanda interpuesta por D. [REDACTED] representado por la procuradora S^a Rodríguez Gil, frente a la mercantil **BANKIA SA**, representada por el procurador Sr. Abajo Abril, y en consecuencia:

- debo declarar y declaro la nulidad (anulabilidad) del contrato de adquisición de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 5-07-11, por importe de **3.000 euros**

- debo condenar y condeno a la demandada a la restitución recíproca de obligaciones derivada de la nulidad declarada y, por efecto legal inherente al 1.303 del CC con la obligación de las partes de restituir el precio más los intereses legales del mismo, desde la fecha de suscripción del contrato declarado nulo hasta el momento de la restitución, debiendo la parte actora reintegrar a la demandada las acciones más los dividendos en su caso obtenidos con sus intereses legales con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta **sentencia** a las partes con la advertencia de que es **firme**, ya que contra la misma no cabe recurso de apelación, conforme al art. 455.1 LECivil, que excluye dicho recurso cuando se trate de juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros.

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias civiles, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

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

EL MAGISTRADO-JUEZ,

PUBLICACIÓN: En la fecha 16/07/15 fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.