



SENTENCIA:
de

Tfno.: Fax:

N.I.G.

ROLLO:

Juzgado de procedencia:

Procedimiento de origen:

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Núm. 423/2015

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

DON PABLO MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN

En Gijón, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 7, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 651/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) N° 186/2015, en los que aparece como parte apelante, BANKIA S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. RICARDO DE LA SANTA MÁRQUEZ, asistido por el Letrado DÑA. MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ, y como parte apelada, DON AAA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. MANUEL SUAREZ SOTO, asistido por el Letrado DON JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 23 de Enero de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de AAA, contra BANKIA S.A., debo declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de adquisición de acciones de la demandada mediante orden de compra suscrita por la demandante el 8 de julio de 2011, debiendo restituirse las partes las prestaciones recíprocas recibidas en cumplimiento de dicho contrato, que incluye el reintegro al demandante de la cantidad invertida (19.998,75 €), más los intereses legales devengados a partir de la fecha de ejecución de la citada orden de compra (19 de julio de 2011), y la entrega o transmisión por el mismo a la demandada de las acciones de Bankia de las que actualmente es titular, así como los rendimientos que pudiera haber obtenido hasta ese momento derivados de esa titularidad, más los intereses legales desde la fecha de su percepción, todo ello con imposición a dicha demandada de las costas causadas en este procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANKIA S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 18 de Noviembre de 2015.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **DON PABLO MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN**.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión de nulidad que con carácter principal se ejercitó por la representación de don AAA, tiene por objeto la orden fechada el día 8 de julio de 2011, de suscripción de acciones emitidas por la entidad demandada, Bankia, SA, por un importe total de 20.000 euros, que finalmente fue ejecutada el día 19 mediante la compraventa de 5.333 acciones por valor de 19.998,75 euros y se fundamentó en los art. 1.265 y 1.266 del Código Civil, por un vicio de consentimiento consistente en el error sufrido por los demandantes al momento de contratar, y se sustenta sobre la alegación de que los demandantes suscribieron dicha orden a instancias de la demandada, quien transmitió una información inveraz sobre su situación patrimonial y expectativas económicas, que fue determinante para la formación de la voluntad de los compradores en aras a adoptar una decisión sobre su inversión.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 6 de Gijón acogió esencialmente los argumentos de la demanda y estimó la misma declarando la nulidad del contrato de adquisición de acciones y condenó a la demandada a restituir la cantidad invertida junto con los intereses legales correspondientes devengados desde la fecha de la operación, siendo la misma objeto de apelación por parte de la citada entidad demandada, alegando que la misma vulnera el artículo 281.4 de la LEC ante la imposibilidad de acudir a la doctrina de "hecho notorio", considerando como tal, el absoluto y general conocimiento que la entidad demandada alteró y falseó su contabilidad y la información sobre su situación patrimonial con ocasión de su salida a Bolsa, hecho que no es objetivo ni pacífico, estando pendiente de resolución pleito penal sobre dicho extremo; error en la valoración de la prueba e inexistencia de error excusable como



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



vicio del consentimiento prestado por el demandante y, con carácter subsidiario, reitera la procedencia de la suspensión del procedimiento en cuanto la citada resolución funda su decisión en la falta de veracidad de la información patrimonial y de solvencia facilitada al actor en la fase de comercialización de las acciones de la demandada y su eventual falsedad, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la LEC.

SEGUNDO.- Con respecto a la prejudicialidad penal alegada que por razones sistemáticas procede analizar en primer lugar, cabe señalar que si bien en auto dictado en el presente rollo de apelación de fecha 23 de julio de 2015 se acordó la suspensión por dicho motivo, en el ulterior auto de 26 de octubre, se levantó la misma, al asumir al efecto la decisión adoptada por mayoría de Magistrados de esta Audiencia, remitiéndonos a lo en él motivado, bien entendido que, conforme se argumentará, sin entrar en la consideración en la existencia de dolo, objeto de investigación en sede penal, sino en el análisis de la existencia de una incompleta o defectuosa información al actor y su relevancia sobre el consentimiento exigible en la perfección del contrato”.

TERCERO.- Ya entrando en los diversos motivos del recurso, y por lo que se refieren a los que inciden en la valoración de la prueba, conviene señalar que ciertamente los hechos que se relatan en la demanda, en su mayoría no tienen la calificación de notorios Sin perjuicio de que la situación que atravesó la demandada, al menos en cuanto necesitó de la aportación de importantes cantidades de dinero público para evitar su quiebra, sí debe merecer tal calificación de hecho notorio (art. 281.4. LEC), en tanto fue objeto de conocimiento general, es decir, lo cierto es que ni hay necesidad de acudir a los hechos notorios o a la prueba de presunciones para poner de manifiesto la realidad de los hechos que se tienen por acreditados en la sentencia de primer grado (en el mismo



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



sentido sentencia de la Sección 4º de esta Audiencia de 25 de julio y de 1 de octubre de 2014 o las de esta Sección de 6 y de 23 de octubre de 2015), indicando estas últimas que tampoco se pueden considerar, como sostiene la recurrente como hechos notorios, hechos que están siendo objeto de investigación penal y, por ende, pendientes de concretar, lo que no obsta el que dentro de la valoración de la prueba, se pueda acudir a documentos e informes que, aún obrantes en el proceso penal, sirvan para deducir si hubo o no una correcta información y, en consecuencia, un vicio del consentimiento.

CUARTO.- Pues bien, del análisis de dicha prueba se infieren unos hechos que resultan trascendentales a nuestro juicio como ya se ha expuesto en las resoluciones citadas, y así, en la Oferta Pública de Suscripción Bankia afirmaba (información sobre el emisor) ser "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". En la información financiera que se acompañaba 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 y expresaba que el beneficio neto consolidado era de 359 millones de euros a diciembre de 2010 y de 88 millones la intermedia a marzo de 2011. En esos números insistiría después cuando en un primer informe de gestión a diciembre de 2011, apartado 4.3, indicaba que el beneficio en ese año había ascendido a 309 millones de euros. Sin embargo es la propia entidad quien se desdice de estos datos, y el nuevo Consejo de Administración, presenta unas nuevas cuentas (documento nº 19 del documento A de la demanda) que, también a diciembre de 2011 señala que la entidad había registrado un resultado negativo antes de impuestos de 4.370 millones de euros, 3.031 después de impuestos; la propia auditora que informó en las



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



nuevas cuentas reformuladas, en mayo de 2012, destacaba que a 31 de diciembre de 2011 el patrimonio neto no alcanzaba la mitad de su capital social como consecuencia de las pérdidas acumuladas hasta ese momento, por lo que estaría incurso en causa de disolución.

QUINTO.- No es materia controvertida la naturaleza del objeto de contrato. Las acciones son un producto de riesgo regulado como instrumento de inversión en el Artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores de 1988; más concretamente son mecanismos de inversión donde se producen fluctuaciones en los mercados que cotizan, influyendo en su valor, y por tanto en los beneficios o pérdidas del accionista. Ante ello cuando el accionista adquiere las acciones acepta el riesgo inherente de su cotización variable, por lo que el vicio en el consentimiento solo puede venir unida al hecho de que la entidad bancaria al ofrecerle el producto a los actores no reflejara una imagen fiel de su situación contable, violando el principio fundamental de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa.

En las citadas resoluciones de esta Sala se ha indicado que "la doctrina del Tribunal Supremo, como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, ha matizado la recogida entre otras por la Sentencia de 14 de noviembre de 2006, en la que se concluía que "el desconocimiento por los adquirentes de la verdadera situación patrimonial de un Banco emisor de acciones no puede fundar una acción de nulidad o anulabilidad basada en el error o dolo", destacando a tal efecto, la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que declara "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto"...., sentencia que también añade que los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión, no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa, sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (desarrollado en el artículo 64 del RD antes citado). Citando, sobre estos mismos hechos, algunas Sentencias de esta Audiencia Provincial, como las de la Sección 5ª de 11 de mayo y 11 de septiembre de 2015, cuyo criterio es compartido por esta Sala, que se han pronunciado acerca de la publicidad y requisitos de los folletos informativos que sirven de base a la adquisición de acciones y otros valores, recordando que el art. 30 bis) de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1.988,1644; RCL 1.989,1.149 y 1.781) señala en su apartado 1 "Una oferta pública de venta o suscripción de valores es 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". Y, en su apartado



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



2 dispone que "No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores".

Así pues, el legislador señala 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".

"Partiendo de tales premisas, en el caso de autos, el deber de información debe ser riguroso ya que, como se recoge en la Sentencia de la Sala antes citada "a diferencia del contemplado en la STS de 14 de noviembre de 2006, en el que se trataba de la adquisición de acciones de una entidad bancaria que cotizaba normalmente en la Bolsa, nos hallamos ante una oferta de acciones de una entidad que sale por primera vez a cotizar, producto de la fusión y reestructuración de varias entidades de crédito con problemas de liquidez, al haber aflorado ya la crisis financiera de estos últimos años (hecho que evidentemente es notorio), de ahí que si bien, la adquisición de acciones no tienen la complejidad de otros productos financieros, la suscripción de las acciones de BANKIA cuando sale al mercado en estas condiciones y lo hacen amparados en un estado de cuentas que se da a conocer a los hipotéticos adquirentes a través de un folleto informativo en el que se garantiza una determinada situación patrimonial, exige rigurosidad en la certeza y exactitud de la información suministrada, en la medida que de ella depende la correcta formación del consentimiento del comprador que decide adquirirlas en esta situación peculiar, rigurosidad que permite asimilar el deber de información en este caso a los



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



contemplados por la sentencia de pleno antes citada, aunque verse sobre productos financieros más complejos, de modo que si concluimos que aquella no fue exacta y clara y el defecto de información ha tenido relevancia en la formación del consentimiento, cabe acoger la pretensión de anular la compraventa que se postula”.

SEXTO.-De acuerdo con la doctrina expuesta, constatados los errores padecido en la información facilitada por medio del folleto informativo, único mecanismo a través del cual consta que el apelado hubieran podido obtener información sobre la situación patrimonial de la entidad, y respondiendo la recurrente de la exactitud de los datos contables recogidos en el mismo, sin que su actuación pueda ser aquí calificada como incurso dolo penal o civil, no puede sino concluirse que necesariamente incidió de forma decisiva en la formación de la voluntad de los demandantes, determinada por una representación errónea de la verdadera situación contable y patrimonial de la entidad emisora en cuyo capital pasaban a participar, error que ya hemos calificado como “esencial, en cuanto afecta a los presupuestos en base a los que deciden llevar a cabo dicha inversión, es decir, a la causa del contrato, de forma tal que, de haber conocido la situación real de dicha entidad no hubieran llevado a cabo dicha operación”. “ya que una cosa es asumir el riesgo normal y ordinario que conlleva la adquisición de acciones y otra cosa muy distinta que éstos, no hemos de olvidar “minoristas”, asuman el riesgo de que los presupuestos sobre los que deciden contratar no se ajusten a la realidad”. Error que, asimismo, es excusable, pues como ha señalado el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de enero de 2014, “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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



incidir en la apreciación del error; y, reconoce que “la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente”.

SEPTIMO.- Lo anteriormente expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido en el art. 398 n° 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la apelante las costas causadas por razón del mismo.

FALLO

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador DON RICARDO DE LA SANTA MÁRQUEZ, en nombre y representación de BANKIA S.A., contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia n° 6 de Gijón en los autos de Procedimiento Ordinario Núm. 651/2014 en fecha 23 de Enero de 2015, resolución que se CONFIRMA íntegramente, con expresa condena en las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos

Y

f

i

r

m

a

m



PRINCIPADO DE
ASTURIAS