



SENTENCIA:
de

Tfno.: Fax:

N.I.G.

ROLLO:

Juzgado de procedencia:

Procedimiento de origen:

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Núm. 428/2015

ILMO. SRES.:

PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: DÑA. MARÍA PIEDAD LIEBANA RODRÍGUEZ

DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En Gijón a veinte de Noviembre de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 70/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 355/2014, en los que aparece como parte apelante, DON AAA y DÑA. BBB, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. MANUEL SUAREZ SOTO, asistido por el Letrado DON JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, y como parte apelada-impugnante, BANKIA S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ, asistido por el Letrado DÑA MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 15 de Mayo de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la excepción de caducidad, y estimando parcialmente la demandada interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dº. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D. AAA, contra la entidad Bankia, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo de la Santa Márquez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato financiero de obligaciones subordinadas, perfeccionado entre las partes con fecha de ocho de junio de dos mil nueve, y del canje posterior por acciones, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos, el precio de sus intereses, de manera que la partes vuelvan a estar en la misma situación personal y patrimonial en que se encontraban el el momento inmediatamente anterior al efecto invalidador.

Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D. AAA y Dª. BBB, debo absolver y absuelvo libremente a la entidad demandada Bankia, S.A., representad por el procurador de los Tribunales D. Ricardo de la Santa Márquez de los pedimentos contenidos en los apartados tercero y cuarto del suplico de la dmanda, sin que sea procedente declarar la nulidad de la orden de compra de acciones de la entidad demandada, que los demandados realizaron con fecha de diecinueve de julio de dos mil once, por importes de diez mil euros y siete mil euros.

Cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia ay las comunes por mitad."





SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DON AAA Y DÑA. BBB 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 17 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 RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de los actores atañe a la desestimación de la demanda de nulidad de adquisición de acciones de la entidad BANKIA, mientras que a su vez, la impugnación de la demandada que analizaremos en primer lugar afecta a la acogida de la demanda respecto de la acción de nulidad por error de la adquisición de las obligaciones subordinadas de BANCAJA que llevaron a cabo los demandantes en el año 2009, concretamente el 31 de marzo.

SEGUNDO.- Sobre esta cuestión el demandado impugnante insiste en la excepción de caducidad basada en que la adquisición se llevó a efecto en esa fecha y sin embargo la demanda se presentó en el año 2014, es decir transcurrido el plazo de 4 años que se señala en el artículo 1301 CC. Sobre esta cuestión hemos de citar.

La doctrina que se contiene en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, concretamente el párrafo final del mismo fundamento apartado 5, en el que el Tribunal tras poner de manifiesto la diferencia en la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



complejidad de las relaciones contractuales que podía producirse a finales del siglo XIX y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, señala que *"en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error"*. Dicha doctrina ha sido reiterada en otras acciones de nulidad por error en el consentimiento en la STS de 7 de julio de 2015 y en la STS de 16 de septiembre de 2015, supuestos no se aprecia la caducidad de la acción por cuanto no había transcurrido el plazo de cuatro años que fija el artículo 1.301 del Código Civil. En consecuencia, procede desestimar dicha excepción, ratificando la argumentación de la sentencia apelada, en primer lugar porque las subordinadas, documento 4 de la demanda, folio 141, no vencen hasta el año 2019 y en segundo lugar porque no es, al menos, hasta el año 2012 en coincidencia con la jurisprudencia citada, cuando la crisis de la entidad demandada aflora y se producen las informaciones que aparecen en la demanda prolijamente expuestas.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

TERCERO.- Sentado lo anterior, la cuestión debatida debe resolverse como sigue. Sobre la suscripción de los productos subordinados, hay que diferenciar la emisión de la deuda subordinada de las Cajas de Ahorro en las fechas a que se



refiere la demanda de otros productos como los Valores Santander, sobre los que dijimos en la sentencia de 17/03/2013, que debían diferenciarse de las obligaciones preferentes, declarando que el informe pericial aportado con la demanda considera que los "Valores Santander" **son bonos convertibles en acciones**, y que estos son un producto financiero complejo, un híbrido entre los bonos simples (renta fija) y las acciones (renta variable), y también como obligaciones subordinadas, puesto que se sitúan en el orden de prelación por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del emisor, así como de los tenedores de participaciones preferentes y valores equiparables, si bien, por delante de las acciones. **Es obvio, por tanto, que a diferencia de lo ocurrido con las obligaciones subordinadas colocadas por otras entidades cuya situación en el mercado financiero era mucho más arriesgada en el momento en que emitieron obligaciones subordinadas para obtener crédito, porque necesitaban urgentemente financiación (caso de ciertas Cajas de Ahorro que se han convertido después en Bancos), los "Valores Santander" fueron emitidos por una entidad solvente, que no consta que hiciese la emisión porque se encontrase en una situación "delicada", sino para participar en una OPA que concluyó con pleno éxito.** Tampoco son las condiciones de la emisión asimilables a la de los Valores Santander a los que nos referíamos en la sentencia anterior, éstos son valores convertibles en acciones del banco de la forma que sigue: si no se adquiría "ABN Amro" se amortizarían los títulos el 4 de octubre de 2.008, con reembolso de su valor nominal (5.000 € por título), y si se adquiría dicha entidad, los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias "Santander" de nueva emisión, siendo el canje de los Valores y la conversión de las obligaciones simultáneos, de modo que el inversor recibiría acciones "Santander" cuando ocurriese el canje, previéndose canjes voluntarios el 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011 y también en cualquier momento



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



siempre que el Banco decidiese no pagar remuneración pudiendo pagarla, y el canje obligatorio el 4 de octubre de 2.012 y también en los supuestos de concurso, liquidación o situaciones similares del emisor; la remuneración pactada, pagadera por trimestres vencidos, era del 7,30% hasta el 4 de octubre de 2.008, y del euribor más el 2,75% desde entonces, condicionándose la remuneración a la existencia de beneficio distribuible; y para la conversión, la acción "Santander" se valoraría al 116% de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles; los valores quedaban subordinados frente al resto de obligaciones del emisor, incluida deuda subordinada y participaciones preferentes, y cotizarían en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, mientras que aquí, se trata de obligaciones sujetas a los factores de riesgo mencionados sin liquidez inmediata, **lo que es trascendente para una ahorrador del perfil de la demandante**, que precisan la venta en un mercado directo de renta fija y con duración de 10 años, siendo el emisor quien lo puede amortizar con anterioridad a ese plazo. La Sentencia de la Sección 5ª de ésta Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 2.013, dice que las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditio creditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo en el actual art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, que puede servir de referencia interpretativa si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación, sin que tenga este producto las garantías y convertibilidad de los valores Santander, como se deduce de la documental y pericial, lo que es trascendente en el supuesto de autos dado que la emisión se hace en un punto álgido de la crisis que afectaba a la liquidez de entidades de crédito como la emisora BANCAJA que debido a sus problemas hubo de integrarse precisamente en BANKIA, sobre los cuales, ni el folleto informativo, documento 11, folio 156 y siguiente, ni como veremos, la información específica en la sucursal donde se pacta la emisión, dan indicaciones al cliente que piensa adquirirlas en relación con los riesgos contratados y la finalidad real de la emisión, sin que el canje de las obligaciones en acciones, en este caso impuesto por Resolución del FROB de 16 de abril de 2013 altere la doctrina expuesta.

CUARTO.- Por tanto uno y otro, en este caso, dado que no nos hallamos ante los valores Santander de características específicas y similares a la de una emisión de acciones, hemos de colegir que se trata de productos complejos que requieren de una información exhaustiva sobre los riesgos y adaptada al perfil del cliente, cuya prueba incumbe a la entidad demandada. Sobre la naturaleza de estos contratos, el deber de información y la repercusión sobre el consentimiento para apreciar o no la existencia de error esencial, hemos de decir que la doctrina de esta Sala se asienta sobre los pilares siguientes: A) nos hallamos ante un contrato complejo y de riesgo que requiere un nivel de información preciso,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



asimilable al que se exige a otros productos de inversión y aquellos como las permutas financieras, que son también complejos y especulativos, según declaramos en Sentencias de 18 de noviembre de 2011, 3 de febrero de 2012 y 10 de mayo de 201 o de 23 de junio de 2013. B) La diligencia profesional específica a la entidad apelante, se plasma en un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación a contratar y de la persona a quien se dirige, deber de información en sus distintas fases, sobre el que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente así en Sentencias de 20 de octubre y 12 de noviembre de 2012, 9 de abril, 27 de junio y 11 de octubre de 2013. Deber de información que también ha sido analizado por la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014 al señalar que *“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor 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”*. Este deber de información se acentúa (aunque ya era exigible interpretando correctamente la normativa anterior) cuando el negocio se contrata habiendo entrado en vigor la Normativa MIFID que en España lo fue el 21 de diciembre de 2007, a partir de que La Ley del Mercado de Valores (LMV) introduce en su articulado las novedades de la Directiva MIFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



(BOE de 20 de diciembre), norma que se ha visto completada con la promulgación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Dicha normativa como se ha cuidado de señalar la sentencia de 20 de enero de 2014 del TS, obligaba a la entidad financiera cuando la suscripción del producto viene precedida de una sugerencia u oferta de la propia entidad, es decir cuando aquella ha desarrollado una labor de asesoramiento al cliente, de la obligación de suscribir el test de idoneidad, que complementa el deber de información que ha de llevar a cabo aquella, -y en todo caso el test de conveniencia cuando no se desarrollan labores de asesoramiento-, entidad que tiene sobre sí la carga de acreditar haber prestado una información exhaustiva y comprensible sobre las características, riesgos y costes reales del producto suscrito y sobre su adecuación a la finalidad buscada por el cliente al contratarlo, pues según la normativa transcrita y la sentencia de Pleno citada, 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 . C) la falta de información en estos términos es capaz de provocar error esencial invalidante en los términos que se pronuncia la sentencia de Pleno citada, que concuerdan con los que esta sala viene manteniendo. *El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información*



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero, como también se deriva de la sentencia citada. D) Finalmente se valorará la existencia misma del error y su carácter inexcusable o excusable en atención a las circunstancias del caso concreto, y en especial su formación y las posibilidades reales que tuvo de desvanecerlo, y concretamente si no lo hizo debido a una actuación negligente a él imputable. Es por ello que hemos dicho entre otras en sentencia de 3 de noviembre de 2011, con cita de la del TS de de 13 de febrero de 2.007, que en el análisis de los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, se requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea excusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y no lo hay si las demandantes se les ofreció una información proporcionada al nivel de formación, conocimientos y experiencia de las personas que administraban y gestionaban las sociedades demandantes, y si alguna duda albergaban éstas sobre el comportamiento del producto, habrían podido despejarla fácilmente, pues su nivel de formación y experiencia, les habrían permitido hacer las preguntas e indagaciones pertinentes a tal fin, sin que la supuesta premura en la contratación del producto, ni el alto nivel de confianza existente entre las partes, constituyan tampoco obstáculos insalvables que hubiesen impedido a las demandantes adquirir un conocimiento suficiente sobre los riesgos del producto y así se declara inexistente el error esencial y excusable en sentencia d el TS de 8 de septiembre de 2014 en la que el que afirma padecer el error es un inversor avezado con conocimiento cierto sobre la naturaleza y riesgos de esta



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



clase de contratos. Con arreglo a todos los datos anteriores, es claro que procede la confirmación la sentencia pues consta que la suscripción se hizo a instancia de la entidad bancaria según la testifical, como dice la sentencia, y pese a que había entrado en vigor la normativa MIFID no se practica el test de idoneidad procedente, sino un genérico test de conveniencia, documento 19, claramente insuficiente para cumplir este deber, sin que hubiera tampoco una información precontractual profusa, fuera del documento 4 de la demanda. Por otra parte debemos partir de la incidencia de esta falta de información en el caso concreto, atendiendo al perfil de los actores, que en definitiva son personas que carecen de conocimientos específicos en el sector financiero, por lo que no es posible calificarlos de inversores avezados en el sentido la sentencia del TS de 8 de septiembre de 2014, ya que por el contrario, la documental demuestra que invertían sus ahorros en imposiciones a plazo fijo y precisamente son convencidos por los empleados de la entidad integrada en la hoy demandante para que al vencer una imposición a plazo, suscribían las obligaciones subordinadas objeto de la demanda sin advertirles de la entidad y riesgos del producto. Tampoco afecta a esta definición del perfil de los actores ni a la naturaleza y efectos del error, el hecho de que hubiesen suscrito una emisión de obligaciones de otra entidad en el año 2002, folio 33, pues no sólo es que se desconozca el nivel de información entonces suministrado al cliente, sino que además tal emisión lo fue en condiciones económicas muy diversas a las de la presente, que dieron lugar a un comportamiento muy distinto del producto al que ahora nos ocupa, por lo que su preexistencia no puede exonerar del deber de información a hora exigible ni desvanecer el error. Como ya dijimos en sentencia de fecha 24 de Octubre de 2015 por el hecho de que suscribiese unas obligaciones subordinadas de pequeña cuantía en el año 2001 (emitidas en 1999) no puede considerarse al actor como un inversor avezado, máxime cuando no consta las características de la información en aquel momento



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



suministrada, y esta es en síntesis la argumentación de la sentencia del TS de 12 de enero de 2015 para rechazar argumentos similares como el expuesto, con los que se pretende privar al error de su eficacia invalidante y como error con eficacia invalidante debemos calificar el derivado de la falta de información existente que, al no adaptarse a los estándares exigibles genera este vicio de consentimiento en los contratantes correctamente apreciado en la sentencia apelada a cuyo tenor nos remitimos, que es esencial y excusable, lo que obliga a desestimar la impugnación, confirmando la apelada en este punto.

QUINTO.- En orden al recurso de los actores, relativo a la adquisición de acciones de BANKIA, es menester ratificar sobre la suspensión por prejudicialidad lo resuelto por Auto de fecha 31 de Octubre de 2014 que obra en el rollo de la Sala. Por otra parte, entrando ya en el fondo del asunto hemos de indagar acerca de la existencia de una incorrecta información relevante para formar el consentimiento en la que el demandante funda su demanda, evaluada al tiempo de perfeccionar el contrato de adquisición de las acciones por los actores, es decir, el 19 de julio de 2011, por lo que la existencia de informes contables posteriores a la perfección pueden ser contemplados como elementos complementarios de la ausencia de una información adecuada en el sentido que se dirá, pero no pueden fundamentar la condena, que ha de fundarse en lo acontecido al tiempo de la perfección, como tampoco podemos acudir propiamente a la consideración como notorios de hechos que están siendo objeto de investigación y por tanto de definitiva concreción, aunque sí dentro de la valoración de la prueba, cabe acudir a documentos e informes, aun obrantes en otros procesos, de los que deducir si hubo o no correcta información y vicio del consentimiento. Sentado lo anterior, hemos de tener presente al enjuiciar la responsabilidad que nos ocupa que sentencias como la del TS de 14 de noviembre de 2006 de la que parte la apelada para



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



fundamentar su tesis desestimatoria de la demanda en este punto, vienen ciertamente a concluir 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, pero dicha doctrina se ha visto sin duda matizada por una doctrina posterior del TS, derivada de la jurisprudencia del TJUE, entre la que destaca la sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014 en el sentido que ha sido textualmente citada al hablar de la información de las obligaciones subordinadas, 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. Al propio tiempo, sobre estos mismos hechos, algunas sentencias de esta AP, con las que coincidimos, como las de la sección 5ª de 11 de mayo y 11 de septiembre de 2015 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"*.

En su apartado 2 dispone que "No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



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.

SEXTO.- El deber de información es fundamental y debe exigirse con rigor en el caso enjuiciado, en el que a diferencia del contemplado por la sentencia de 2006, citada por la recurrida, en la que se trataba de una adquisición de acciones de una entidad bancaria asentada 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 públicamente conocido), de ahí que si bien, como el propio actor admite, la adquisición de acciones no tienen la complejidad de otros productos financieros, la suscripción de las acciones de BANKIA cuando sale en el mercado en estas condiciones y lo hace sobre la base de presentar un estado de cuentas y dar a conocer un folleto informativo en el que se garantiza una determinada situación patrimonial, exige rigurosidad en la certeza y exactitud información suministrada, en la medida que de ella depende la formación del consentimiento del adquirente en esta situación peculiar, que permite asimilar el deber de información en este caso a los contemplados por la sentencia de pleno antes citada, de modo que si concluimos que aquella no fue exacta y clara y el defecto de información



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ha tenido relevancia en la formación del consentimiento, cabe acoger la pretensión de anular la compraventa que se postula.

SÉPTIMO.- En el análisis de la información suministrada a los consumidores que se concreta en el folleto acompañado como documento 14 y 17, que se basa en un estado de cuentas del 2010 sobre el que existen errores contables de los que nos hemos hecho eco con anterioridad en sentencia de fecha 6 de Octubre de 2015, con apoyo en el informe de los inspectores del Banco de España aportado en aquella causa que sin embargo, no obra, en las presentes actuaciones; errores demostrados en todo caso por hechos relevantes llevados a cabo por la propia entidad demandada al rectificar sus cuentas anuales en el 2011, modificando las iniciales presentadas que afirmaban un estado contable muy distinto al anunciado con la existencia de beneficios, cuentas modificadas que presentan importantes pérdidas, reveladoras de que en el ejercicio 2010, concretamente hasta el 31 de diciembre de 2010 y en el primer trimestre de 2011 (en el folleto se daba información de los estados financieros consolidados y auditados a 31 de marzo de 2011 y un balance de situación consolidado el 1 de enero de 2011) los beneficios y el estado contable de la entidad que sirvió de base para perfeccionar el consentimiento de los demandantes no eran ciertos, exactos e indubitados, existiendo importantes errores en el estado contable de BANKIA, como ha dicho esta Sala en la sentencia citada y demuestra la actuación ulterior a la emisión del folleto llevada a cabo por la entidad demandada, que se vio obligada a la rectificación de sus cuentas como hemos indicado, teniendo especial trascendencia las resoluciones del FROB que se acompañan como documento 39 del documento a) de la demanda, especialmente la del Plan de de reestructuración del grupo de 27 de noviembre de 2012 que da cuenta de un valor negativo de la entidad que manifiestamente no se corresponde con el contenido en el folleto que sirvió de base a la perfección del negocio discutido; errores y deficiencias que se traducen en



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



definitiva en la presentación de un estado contable inexacto con existencia de beneficios cuando debiera haber consignado la existencia de pérdidas que hubieran podido alertar a los inversores adquirentes de acciones, que confiaron en la realidad de los datos suministrados por el folleto y en la información recibida, consistente en este caso en un insuficiente test de conveniencia a que fue sometida una de los demandantes.

OCTAVO.- Respondiendo la entidad de la exactitud de los datos contables del folleto, sin que esta Sala pueda calificar de incurso en dolo penal y ni siquiera civil la conducta de la entidad, pues ello implicaría el enjuiciamiento de conductas que se investigan en otra sede, es lo cierto que de lo actuado resulta la existencia de una patente falta de información debida a los errores contables apreciados, que cualesquiera que fuese su causa y la intención de la entidad, tienen repercusión sobre el consentimiento del adquirente y por tanto, sobre la eficacia del negocio, de modo que ni siquiera el hecho de que las cuentas correspondientes al ejercicio de 2010, estuviesen auditadas, exonera a BANKIA de su responsabilidad, pues lo decisivo es la inexactitud e la información suministrada -se deba a una causa u otra-, y la repercusión que esta deficiencia tuvo sobre el consentimiento del demandante al tiempo de perfeccionarse el contrato, y así las cosas consideramos que se trata de una inexactitud relevante la reflejada en el estado de cuentas del año 2010 y en el periodo intermedio comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2011 publicitada en el folleto, avalada además por los errores también detectados en el ejercicio de 2011 que arrojan una situación muy diferente de la ofertada a los suscriptores en el momento de la compra de acciones, que aún posterior a la celebración de la venta, viene a ratificar los hechos determinantes de la ineficacia postulada, que abunda en la fiabilidad del informe de la inspección del Banco de España, -sobre el que nos pronunciamos en anteriores



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



sentencias-, respecto del ejercicio de 2010 y el periodo intermedio que alcanza hasta el 31 de marzo de 2011, toda vez que los errores contables denunciados son sin duda corroborados por lo ocurrido poco después. De lo expuesto, podemos concluir en la existencia de graves defectos e información, capaces de producir error en el consentimiento como hemos argumentado; vicio sobre el que hemos dicho entre otras en sentencia de 3 de noviembre de 2011, con cita de la del TS de 13 de febrero de 2.007, que tiene naturaleza invalidante del consentimiento prestado, puesto que es esencial y además excusable y afecta al prestado por ambos adquirentes que se fiaron de la exactitud de los datos del folleto emitido por BANKIA cuyos defectos han impedido formar adecuadamente el consentimiento, por lo que ha de acogerse el recurso y estimarse la demanda en este punto, accediendo a la nulidad postulada en ambos supuestos, con los efectos del artículo 1303 CC.

NOVENO.- Estimada en esencia en su integridad la demanda, las costas de primera instancia se imponen a la demandada, al igual que las de su impugnación, sin declaración expresa sobre las de la actora (artículo 394 y 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

LA SALA ACUERDA:

Acoger el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON AAA Y DÑA. BBB, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 7 de Gijón en los autos de Procedimiento Ordinario nº 70/2014 de fecha 15 de Mayo de 2014 y desestimando el de la demandada, BANKIA, S.A., formulado por vía de impugnación, se revoca en parte la apelada en el sentido de mantener la declaración de nulidad de compra de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



obligaciones subordinadas y estimar además la demanda de nulidad de adquisición de acciones de la entidad BANKIA por ambos actores de 19 de julio de 2011 por importes de 10.000 euros (Don A) y 7.000 euros (Doña A) con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, todo ello con imposición al demandado de las costas de instancia y de su recurso y sin declaración sobre las del recurso del demandante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y
f
i
r
m
a
m
o



PRINCIPADO DE
ASTURIAS