

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2015-0045993

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 001370/2015-

S E N T E N C I A n° 74

JUEZ QUE LA DICTA:

Lugar: VALENCIA.

Fecha: ocho de febrero de dos mil dieciséis.

Demandante:

Abogado: BARRACHINA COSCOLLA, AMPARO

Procurador:

Demandado: BANKIA SA.

Abogado:

Procurador:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario en fecha 17 de julio de 2015 contra la expresada demandada en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que acoja los pedimentos expresados en el suplico de la demanda, todo ello con expresa condena en costas

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazo a la parte demandada contesto en fecha 30/09/15 oponiéndose a la demanda por lo que a continuación se convocó la audiencia previa para el 15/12/15 donde se recibió el pleito a prueba admitiendo únicamente la documental aportada, quedando finalmente conclusos los autos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la demanda por la referida parte actora acción de nulidad contractual por error o dolo invalidante del consentimiento del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas por importe total de 90.000 € adquiridas el 07/04/2009, y nulidad de la suscripción del canje por acciones de Bankia y subsidiariamente acción de resolución del contrato por incumplimiento del deber de información al cliente con la exigencia de daños y perjuicios. Resumidamente se fundamenta la demanda en la existencia de vicio en el consentimiento prestado para el otorgamiento del contrato por causa de error y dolo, con fundamento en los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, pues la demandada no cumplió con la diligencia exigida y por tanto incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador. Asimismo ejercita la acción de anulabilidad o nulidad relativa por error-vicio en

la prestación del consentimiento en la adquisición en fecha de 19 de julio del 2011 acciones emitidas por la sociedad demandada, por importe de 7166'25 € condenándose a Bankia SA a la devolución a los actores de dicha cantidad, minoradas con los intereses cobrados, mas el interés legal devengado desde la fecha de la formalización de los contratos quedando en poder de la demandada los títulos en ella depositados. Subsidiariamente, se la condene a indemnización de daños y perjuicios. Aporta documentos para justificar su pretensión.

La representación de la demandada se opuso alegando en primer lugar la existencia de cuestión prejudicial penal. A continuación se opuso en cuanto a la anulabilidad de la compra de obligaciones subordinadas alegando resumidamente: 1.- Adecuación del producto financiero comercializado por Bancaja a las disposiciones normativas y régimen legal relativo a las participaciones preferentes; 2.- La pretendida pérdida de valor aducida de contrario no es un efecto consustancial a los productos financieros contratados sino que es consecuencia de la coyuntura económica que atraviesa el mercado financiero nacional e internacional; 3.- La relación contractual que une a las partes se circunscribe a los servicios relativos a la recepción y transmisión de órdenes, no existiendo asesoramiento financiero; 4.- En virtud de la relación contractual antes descrita, es un hecho acreditado que Bancaja cumplió escrupulosamente con las obligaciones de transparencia e información establecidas por ley; 5.- Como consecuencia de la información y documentación entregada por Bancaja a la parte actora, en estricto cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información antedichas, los clientes firmaron conscientemente la orden de suscripción de obligaciones subordinadas. En base a ello concluye la inexistencia de error como vicio del consentimiento pues no es esencial ni excusable, que tampoco concurre dolo por omisión invocando la doctrina de los actos propios y finalmente la improcedencia de los intereses solicitado.

En cuanto a la nulidad de la suscripción de acciones alega resumidamente que es una oferta pública de suscripción y por tanto perfectamente reglada y cumplidos todos los requisitos exigibles, en segundo lugar que no es la adquisición de acciones una actividad de carácter complejo; que incumbe a la parte actora probar el error en el consentimiento, y al no haberlo probado procede la desestimación de la demanda; ha cumplido con las obligaciones de información y transparencia que le incumbían; el actor fue informado de las características y riesgos; y por tanto la inexistencia de actuaciones dolosa por parte de la entidad demandada. Como documentos aporta testimonio expedido por Juzgado Central de Instrucción, folleto de emisión y hecho relevante publicado el 18.7.2011, diversas resoluciones judiciales, noticia de prensa, escrito presentado por el FROB en la Audiencia Nacional, resumen folleto informativo entregado al demandante, informes periciales.

SEGUNDO.- Comenzar por exponer la DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ACERCA DEL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.- La jurisprudencia del TS, en relación a los requisitos que ha de reunir el consentimiento para ser invalidante, tiene declarado en doctrina reiterada, recogida entre otras muchas en su *sentencia de 17 de julio de 2006* con amplia cita de precedentes, que " es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de

2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de 2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004 ; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005). Las recientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012 y del 29 de Octubre del 2013 (ROJ: STS 5479/2013) reiteran la doctrina jurisprudencial recogida también en la sentencia AP, Valencia sección 9 del 12 de Junio del 2013 (ROJ: SAP V 3372/2013) y la de 30 de diciembre del 2013.

TERCERO.- En cuanto RÉGIMEN VIGENTE EN EL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN DE LA INFORMACIÓN REGLADA COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR. la doctrina jurisprudencial esta recogida en sentencia del STS, Civil sección 1 del 07 de julio de 2014 (ROJ: STS 2660/2014) del que cabe destacar :

De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de

idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público ".

Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo del 72 del RD 217/2008.

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, (ver sentencia AP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012) respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). La SAP, Valencia sección 9 del 16 de Mayo del 2013 (ROJ: SAP V 2821/2013) reitera la doctrina jurisprudencial.

CUARTO.- Procede a continuación analizar la prueba practicada a fin de comprobar si existió o no vicio en el consentimiento que ha consistido en la prueba documental aportada con demanda y contestación y la testifical practicada el día del juicio. Como testigo declaró PEDRO MARTI ROJAS fue quien le vendió las obligaciones subordinadas y las acciones, quien contestó que:

Eran los productos que más intereses daba y se le ofreció dichos productos; lo considera más bien conservador aunque entendía el producto; no se

acuerda muy bien que información le dió de los riesgos; no cree que le dijera que era como un plazo fijo a diez años, si que le decía que se podía rescatar; él insistía en que quería disponibilidad; si que se le hicieron los test de conveniencia e idoneidad; no tenía otros productos más que la cuenta y recibos domiciliados; no tenían contrato de asesoramiento; se le informaba mensualmente de los intereses; lo que sabía de él es que era administrativo de una empresa.

Dicha prueba no sólo es insuficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información sino que confirma que no se dió al demandante la información exigida en cuanto a los riesgos del producto.

Por una parte tener en cuenta como dijo sentencia TS. 20/06/2015 *la prueba del cumplimiento del deber de información, cuando solo se facilita de forma oral, no puede consistir únicamente en la manifestación del propio empleado de la entidad bancaria, cuya versión, en el marco jurídico del artículo 376 de la LEC, no es prueba suficiente de la información verbal que se habría facilitado.* Asimismo como recoge la Sentencia de la AP, Valencia sección 9 del 22 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP V 271/2012) ya citada "siendo la carga de tal probanza de la entidad profesional dado el deber que sobre ella pesa, respecto a la primera, su apoyo reside únicamente en el testimonio del Director de la sucursal que obviamente es el encargado de prestar tal obligación y por ende dada su dependencia directa con la demandada carece de suficiencia probatoria conforme al artículo 376 de la Ley Enjuiciamiento Civil". Asimismo la reciente sentencia de la AP, Pontevedra sección 6 del 09 de Mayo del 2012 (ROJ:SAP PO 1197/2012) en cuanto concluye que:

A este respecto, el testimonio que ofrecen, los empleados de Bankinter, D. Iván D^a Ángeles, es interesado pues no puede esperarse otra cosa que el respaldo de la entidad que les paga el sueldo para dar cumplimiento a la venta de este tipo de productos.

Por tanto la testifical practicada resulta insuficiente para poder estimar probado que se dio al demandante la información correcta sobre las características y riesgos del producto. Respecto a la documental obrante en autos comenzar por señalar que se aporta la orden de compra en la cual nada se explica sobre sus características y riesgos al que resulta aplicable la conclusión recogida en la sentencia de de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia 23 de enero de 2014 dice:

3) No consta en tales ordenes la nominación de "participaciones preferente", pues el valor se nomina "PPF. BEF S/B" ni su carácter perpetuo. No consta entregada la ficha (en que se apoya la apelante) a que refiere tales órdenes sobre la descripción completa de las características y riesgos del producto, al ser una cláusula impresa y de mera complacencia que carece de firma de la actora.

Tampoco constan los test de conveniencia y de idoneidad que se tuvieron que efectuar con la compra efectuada en 2009. Como reitera la reciente STS, Civil sección 1 del 07 de julio de 2014 (ROJ: STS 2660/2014) :

La omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de ese conocimiento y por tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento del producto contratado y de sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. La Sala con aplicación de los referidos criterios al caso

enjuiciado y con integración del factum, confirma la sentencia recurrida, ante la presunción a la que anteriormente se ha hecho referencia, derivada del incumplimiento de la realización del test de idoneidad y del desconocimiento por parte del cliente minorista del riesgo de la operación

En similares términos la SAP, Salamanca sección 1 del 10 de julio de 2014 (ROJ: SAP SA 363/2014) en reclamación contra la demandada:

En autos, pese a todo ello, no constan, ni aparece como realizado ningún test de idoneidad del producto, ni de conveniencia, pues pese a que la entidad bancaria sostiene que tales tres dieron resultado positivo, lo cierto es que ha sido requerida para que aporte a los autos los mismos, no habiéndolos aportado, por lo que habrá que concluir que no hay pruebas de su realización. Pues, como dice la sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de marzo de 2012 , con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 , "ante versiones contradictorias la carga de la prueba recae sobre quien se ampara en la realidad de dicha información: el banco".

El informe de la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES o del DEFENSOR DEL PUEBLO recogen los incumplimientos en cuanto a la obligación de informar. Los documentos aportados con la demanda acreditan su condición de minorista no constando que tuviera conocimientos financieros. Respecto al valor probatorio del informe pericial que se aporta tener en cuenta que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas pues como dice la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero del 2015:

"El informe pericial aportado por Banco S. para acreditar la corrección de la información carece de eficacia alguna puesto que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas, como es el caso de la adecuación de la información facilitada a las exigencias de la normativa aplicable, sobre las que no cabe otro juicio técnico que el emitido por los abogados por las partes en defensa de sus clientes, y por el propio tribunal al dictar la sentencia. No es procedente la emisión en el proceso de este tipo de dictámenes periciales jurídicos, incluso aunque se presenten bajo la cobertura de una pericia económica o como un simple documento "técnico".

En definitiva como concluyo la sentencia de la Secc. 9ª de 24 de febrero del 2014:

La absoluta falta de información y la justificada ignorancia de la demandante, conlleva a que la actora no sabe ni conoce el producto que se le ha colocado, por lo que al desconocer su propia esencia es evidente que se justifica sobradamente que el consentimiento se presta con un error-vicio determinante de la corrección en la aplicación del artículo 1265 y 1266 del Código Civil. Además no concurre el requisito de inexcusabilidad pues tal ignorancia deviene fundamentalmente porque la entidad demandada trasgrede su obligación legal informativa y la demandante, además, carece de los conocimientos mínimos necesarios para entender un producto complejo como el que se le colocó.

Tampoco resulta de aplicación la doctrina de los actos propios citando a título de ejemplo la SAP, Valencia sección 9 del 22 de julio de 2014 (ROJ: SAP V 3942/2014,) en cuanto dice:

En este caso, consideramos que no puede aplicarse tal doctrina. Poco después de la última contratación controvertida, se suspendió la comercialización del producto y hasta que, ya en Marzo de 2012, se ofreció el canje por acciones, nada alertó al demandante sobre los productos adquiridos, que, sin embargo, , tras efectuarse el canje forzoso, planteó poco después su reclamación. No consta reparo u objeción en el período intermedio, porque fue muy breve, y, hasta el momento del canje, ciertamente, el actor no tuvo por qué ser consciente de los riesgos del producto efectivamente contratado. Por tanto, la doctrina aludida no resulta ser de aplicación, y el motivo de recurso debe decaer. En suma, no apreciamos error en la valoración de la prueba, y sí un déficit de información sobre las características y riesgos del producto contratado, a iniciativa de la demandada, no adecuado al perfil inversor del demandante, y de forma que no aseguraba adecuadamente la información previa a la suscripción, por lo que la conclusión obtenida por la sentencia es correcta, y el recurso ha de ser rechazado

Para finalizar resulta aplicable al presente caso las conclusiones a las que llegó la SAP, Valencia sección 9 del 29 de julio de 2014 (ROJ: SAP V 3949/2014) por lo que se reproducen a continuación:

Al caso, el error queda suficientemente acreditado no solo porque la creencia de la demandante de suscribir un depósito a plazo fijo está objetivamente justificada con la declaración del testigo empleado de Bancaja, Sr. Giménez, dado cómo ofertó y comercializó el producto sin decirle su verdadero significado y riesgos que el propio empleado ignoraba existir, sino también porque la falta de información básica y precisa determina su suscripción sin conocer verdaderamente el producto de inversión que se suscribe. Por tanto estamos ante un error esencial y excusable, tanto por el perfil de la actora (crente de conocimientos financieros) como por ser totalmente imputable a la entidad demandada, al no dar la mínima explicación real y verdadera de tal negocio, por lo que la aplicación del artículo 1266 del Código Civil, lleva necesariamente a su nulidad como ha fallado certeramente la sentencia del Juzgado Primera Instancia. Alega la parte apelante que el error no es excusable por la rentabilidad del producto superior a los depósitos a plazo fijo y por no ser imputable a Bankia que la actora no leyese el clausulado. El primero resulta irrelevante pues no es la rentabilidad sino como se informa del producto su funcionamiento y riesgos lo que al caso quiebra totalmente y en segundo lugar basta decir que las órdenes de compra no llevan clausulado alguno, siquiera sobre la denominación de las participaciones preferentes ni sus riesgos.

QUINTO.- Resta por resolver los EFECTOS DE LA NULIDAD declarada. La consecuencia de la nulidad es la de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato. Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y

patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar reciente sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que:

"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

Finalmente, debe indicarse que la declaración de nulidad del contrato de participaciones preferentes debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos. En el presente caso la demandada deberá reintegrar la suma de 90.000 € más los intereses legales desde la fecha de la orden de compra. Pero por otra parte deberá el actor reintegrar a la parte demandada los rendimientos percibidos que según la certificación aportada por la demandada ascendieron a 21.996'80 € más interés legales desde sus respectivas liquidaciones

SEXTO.- A continuación resolver la reclamación relativa a la nulidad de las acciones adquiridas, comenzando por la alegación de PREJUDICIALIDAD PENAL.- Es una cuestión reiteradamente resuelta por los Tribunales que desestima la existencia de prejudicialidad por no darse los requisitos para su apreciación recordando que para considerar la existencia de prejudicialidad penal no sólo se requiere la existencia de causa criminal referente a los mismos hechos que se han de dirimir en el pleito civil, sino además que resulte necesario aguardar a la decisión del Tribunal penal para la resolución del litigio, de manera que el mismo no puede ser resuelto sin aquélla. De este modo, si en el pleito civil existan datos suficientes en orden a su resolución, y que puedan ser considerados con independencia de la calificación que a los hechos enjuiciados se otorgue en la causa criminal, no se estaría en presencia de una cuestión prejudicial, que, por otro lado, y en cuanto supone una crisis procesal, ha de interpretarse en sentido restrictivo. Por otro lado, y en relación con lo que acaba de exponerse, el dolo penal es independiente del dolo o culpa civil, y nada impide que esto último pueda existir con abstracción del primero. Frente a lo alegado por la representación de BANKIA la alegación de prejudicialidad esta siendo mayoritariamente tanto por los Juzgados como por las Audiencias Provinciales A título de ejemplo citar sentencias nº167 y 168 de 22 y 23 de junio del 2015 de la misma sección 7ª, así como de las otras secciones de la Audiencia Provincial de Valencia como la sentencia nº 147 de la Sección Sexta de la de 26 de mayo del 2015 que ha confirmado la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Valencia en autos 1286/2014 , también la nº 156 de 4 de junio del 2015 de la misma sección o más reciente la nº 354 de 20 de noviembre. También la de 23 de julio de 2015 de la sección 11ª, o la de dos y veintitres de junio de dos mil quince de la Sección Octava de esta Audiencia Provincial Recientemente la STS, Pleno Sala Civil del 03 de febrero de 2016 (ROJ: STS 92/2016) ha confirmado esta interpretación rechazando la existencia de prejudicialidad penal

Los hechos fundamentales en que se basa la demanda que ha dado origen a este proceso (resumidamente, contenido del folleto de la oferta pública de suscripción

de acciones de Bankia, salida a bolsa y precio de las acciones, formulación de las primeras cuentas anuales de 2011, reformulación de dichas cuentas pocos días después de que las primeras fueran comunicadas a la CNMV y sustancial diferencia de contenido entre unas y otras, intervención pública de Bankia y rescate, pérdida casi total del valor de las acciones, etc.) no son cuestionados por la demandada. Lo que Bankia niega es que existiera error, inexactitud o falsedad en la información que se incluyó en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones. Pero en este proceso civil no se discute si los administradores de Bankia incurrieron en una conducta delictiva de falseamiento de los datos incluidos en el folleto, sino si estos datos, por su inexactitud, provocaron el error vicio de los demandantes.

Una vez que esos hechos fundamentales en que se basa la demanda han sido aceptados por las partes y que la falsedad a que se hace referencia, como objeto del proceso penal, no es de naturaleza material sino ideológica, la decisión del tribunal penal acerca de los hechos investigados no tendrá influencia decisiva en la resolución del proceso civil que se siga por error en el consentimiento prestado para suscribir las acciones de Bankia como consecuencia de la información contenida en el folleto de la oferta pública, pues la valoración relativa a la corrección de los datos contables contenidos en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones y la relativa al cumplimiento de las exigencias de la normativa sobre el mercado de valores constituirían unas valoraciones no tanto fácticas, relativas a la prueba de los hechos, como sobre todo jurídicas, pues debe valorarse si la aplicación de las normas contables en la elaboración de los estados contables utilizados en la confección del folleto fue adecuada y si la conducta de Bankia se ajustó a las exigencias de la normativa del mercado de valores.

Esto es, aunque la decisión del tribunal penal fuera absolutoria, ello no determinaría la desestimación de las pretensiones formuladas en este proceso civil, pues no relevaría al tribunal civil de aplicar, conforme a los criterios y principios que rigen el enjuiciamiento de las cuestiones civiles, las normas contables y las del mercado de valores.

SEPTIMO.- ANALISIS DE LA PRUEBA PRACTICADA.- Esta ha consistido únicamente en los documentos aportados por las partes antes relacionados, y también habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 281.4 de la LEC relativa a los hechos notorios. *Según éste precepto, no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, es decir, la determinación de hechos sin necesidad de prueba, como cualidad relativa, según el tiempo y el lugar, de un conocimiento general que, razonablemente, es conocido por todos, incluyendo los que son parte en el proceso, .* Como recoge la reciente sentencia de la Sección 7ª de la A.P. de Valencia de 15 de octubre de 2015:

En cuanto o a la jurisprudencia, en la STS de 12 de junio de 2007 en su F.J. Segundo se encuentra una definición del hecho notorio: "(...) la apreciación de notoriedad hace innecesaria la prueba, pues los hechos notorios (que según definición clásica son "aquellos hechos tan generalizadamente

percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba") no es preciso probarlos, y así lo vino reconociendo la jurisprudencia (SS., entre otras, 20 sept. 1988, 5 feb. 2001, 30 nov. 2004), y así lo establece la LEC 2000 en el art. 281.4 -"no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"-."

El Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios ha afirmado que: *"(...) ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria non egent probatione (el hecho notorio no precisa prueba), a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007, dispone en el artículo 218.4 LEC que "no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general."*

La reciente STS, Pleno Sala Civil del 03 de febrero de 2016 (ROJ: STS 92/2016) ha confirmado que el recurso a los "hechos notorios" no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia. Es de plena aplicación la doctrina contenida en la *sentencia 241/2013, de 9 de mayo* , en la que afirmamos:

«153. El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria non egent probatione [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003 ; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" .

»154. La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994 , afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

»155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los

ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba».

3.- Por otra parte, la impugnación que Bankia formula en su recurso respecto de la valoración que la sentencia recurrida hace de la prueba, en concreto del informe de los técnicos del Banco de España, no solo es una cuestión ajena a la infracción legal denunciada, relativa a la aplicación de la institución de los "hechos notorios" en el proceso civil, sino que confirma que la conclusión de la sentencia recurrida sobre la existencia de graves inexactitudes en el folleto de la oferta pública no se alcanza por considerarla "notoria", sino como resultado de la valoración de las pruebas practicadas.

En el presente caso de los documentos aportados y hechos notorios conocidos ha quedado demostrado que la entidad demandada confeccionó un tríptico publicitario y emitió el correspondiente folleto informativo de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia SA registrado en la CNMV en fecha 29 de junio de 2011, presentando la operación como un reforzamiento de los recursos propios, a fin de realizar una aplicación adelantada de nuevos y exigentes estándares internacionales, que contribuiría a potenciar el prestigio de la entidad. En el propio folleto se indicaba que, debido a la reciente integración de las distintas Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios resumidos de Grupo Bankia correspondientes al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011. El folleto describe a Bankia como "la primera entidad financiera en términos de activos totales en España", dentro del apartado relativo a la información sobre el emisor, y en el cuadro correspondiente a la información financiera intermedia atribuía al grupo, en la cuenta de resultados del primer trimestre de 2011, un beneficio pro forma (no auditado) de 91 millones de euros y un beneficio consolidado de 35 millones. Además se informa de los resultados de las pruebas de resistencia (o stress-tests) a las que el Banco de España y el Banco Central Europeo sometieron en julio de 2010 a diversas entidades bancarias europeas (sometiéndolas a escenarios de fuerte caída del PIB, aumento del paro y la morosidad, disminución del precio de la vivienda, devaluación de sus inversiones y reducción del precio de la deuda pública), indicando que a tal fecha la integración de las Cajas que posteriormente conformarían Bankia (el SIP o Sistema Institucional de Protección creado inicialmente con contrato de integración entre las mismas, paso previo a la constitución de BFA) superaba tales tests y que incluso dispondría de un exceso de capital de 5.991 millones de euros en escenario de tensión, de 1.714 millones de euros en escenario adverso y de 639 millones de euros en un escenario de deuda soberana. Bankia salió finalmente a bolsa el día 20 de julio de 2011, emitiendo un total de 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros (en total 3,75 euros por acción), siendo la inversión mínima exigida de 1.000 euros y máxima de 250.000 euros. En fecha 8 de diciembre de 2011 la EBA (European Banking Authority) comunicó a través del Banco del España que las necesidades adicionales de capital para el Grupo Bankia se situaban en 1.329 millones de euros sobre datos de septiembre de 2011, que debían ser cubiertos a finales de junio de 2012 (según se extrae de la declaración prestada por el Ministro de Economía, D. C , en el procedimiento abreviado 59/2012 seguido en el Juzgado Central de Instrucción nº 4, documento nº 20 de la demanda). Atendiendo a dicha solicitud el 20 de enero de

2012 el Grupo Bankia presentó un Plan de Capitalización al Banco de España, en el que se recogían las medidas de capital que iba a adoptar el Grupo para cubrir las necesidades de capital identificadas, que incluían la conversión de las participaciones preferentes del FROB en instrumentos de capital y otras medidas como la venta de activos no estratégicos y mejoras de los activos ponderados por riesgo.

El 4 de mayo de 2012, una vez superado ya el plazo legal de presentación de las cuentas anuales aprobadas y auditadas (vencido el 30 de abril anterior), Bankia remitió a la CNMV las Cuentas Anuales Individuales y las Cuentas Anuales Consolidadas del ejercicio 2011 (documento nº 11 de la demanda), si bien sin auditar y a través de la comunicación de un "hecho relevante". En las citadas cuentas anuales se establecía un beneficio de 309 millones de euros, lo que en apariencia era congruente con los datos y resultados contables publicados para la salida a bolsa. Sin embargo el día 7 de mayo el entonces presidente de la entidad, dimitió y dos días después la nueva dirección del Grupo solicitó la intervención de la entidad a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que adquirió el 100% de BFA y el 45 % de Bankia. En fecha 25 de mayo de 2012 Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de unas nuevas Cuentas Anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas, en las cuales se reflejaban unas pérdidas de 3.031 millones de euros, siendo que ese mismo día la CNMV suspendió la cotización de las acciones de Bankia en la Bolsa a petición de la propia entidad. El mismo día 25 de mayo de 2012 Bankia solicitó una inyección de 19.000 millones de euros para recapitalizar BFA, matriz de Bankia . Finalmente también está probado que por orden y decisión del FROB de 16 de abril de 2013 dentro del Plan de Reestructuración de Bankia, se acordaron diversas medidas de recapitalización y gestión de instrumentos híbridos, y así entre ellas se decidió que el 19 de abril de 2013 las acciones de Bankia quedaban reducidas, al cierre de la sesión bursátil de tal día, en su nominal unitario de dos euros a un céntimo y al mismo tiempo se constituyeron nuevas acciones de Bankia de un euro por cada cien acciones antiguas . Este hecho determinó un notable detrimento patrimonial para los hoy demandantes, que en abril de 2014 decidieron la venta de las acciones de las que por mor de todos los avatares anteriores quedaban como titulares, siendo el valor obtenido con tal venta de 70,23 euros.

Del conjunto de la prueba expuesta se advierte la existencia de unas notables disparidades financieras y contables en las cuentas no auditadas presentadas por Bankia el 4 de mayo de 2012 respecto de las presentadas posteriormente, el 25 del mismo mes, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Así queda refrendado con las conclusiones del informe pericial recabado de técnicos del Banco de España por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional en el procedimiento 59/2012 , en las que se afirma la existencia de errores contables en aquellas cuentas, como consecuencia de omisiones e inexactitudes derivadas de fallos al emplear la información disponible, e incluso la existencia también de errores contables en los estados anuales consolidados del ejercicio 2010 y en los estados financieros intermedios del primer trimestre de 2011. Por tanto, y de modo particular, la prueba revela con claridad, a la luz del grave resultado negativo de las cuentas y de las consecuencias inmediatas que conllevaron (en forma de recapitalización mediante cuantiosas ayudas públicas e intervención del FROB), que la situación financiera de la entidad hoy demandada en el año 2011 en el que publicitó su salida a Bolsa estaba muy alejada de la imagen de solvencia y fortaleza patrimonial y económica mostrada en el folleto. En definitiva la prueba practicada permite concluir que la información prestada a los hoy demandantes a través del folleto informativo de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenía unos datos relativos a la entidad emisora, aparentando solvencia y fortaleza, que sin embargo no se ajustaban a la verdadera situación económica

de la entidad en aquel tiempo, situación revestida de graves pérdidas que no fue transmitida a los demandantes para tomar adecuada y fundamentadamente la decisión de invertir en tales acciones.

Respecto al valor probatorio de los informes periciales que se aporta tener en cuenta que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas pues como dice la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero del 2015:

"El informe pericial aportado por Banco S. para acreditar la corrección de la información carece de eficacia alguna puesto que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas, como es el caso de la adecuación de la información facilitada a las exigencias de la normativa aplicable, sobre las que no cabe otro juicio técnico que el emitido por los abogados por las partes en defensa de sus clientes, y por el propio tribunal al dictar la sentencia. No es procedente la emisión en el proceso de este tipo de dictámenes periciales jurídicos, incluso aunque se presenten bajo la cobertura de una pericia económica o como un simple documento "técnico".

No obstante destacar conclusión recogida en sentencia nº 147 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de mayo del 2015 que concluye que:

"estimamos mejor fundadas las opiniones de los peritos d. Victor J. Sanchez y don Antonio Busquets Soto, quienes por su condición de inspectores del Banco de España gozan de una objetividad que no se detecta en el Sr. Cañibano. Por ello aceptamos las conclusiones de aquellos referentes a que la información que Bankia proporcionó a los demandantes no reflejaba la imagen fiel de la situación patrimonial de la entidad bancaria".

Y sobre la falta de motivación de la sentencia que la demandada suele alegar en sus recursos reiterar la conclusión recogida en sentencias de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia nº 147 de 26 de mayo del 2015 y nº 156 de 4 de junio en cuanto dice: "ese deber de motivar que es al que se refiere la norma invocada por la recurrente no ha sido incumplido en la sentencia recurrida por cuanto contiene los razonamientos mediante los que se exterioriza el iter decisorio empleado por el Juzgado tanto en el orden fáctico como jurídico, valorando la prueba aportada al proceso para tener acreditado" (entre otras cosas) "que la información que se les dio sobre la solvencia de la entidad y bonanza de la suscripción de acciones no era correcta", o que "la imagen que proyecta la demandada no se correspondía con la verdadera situación financiera". Y más adelante continúa diciendo "además de valorar las pruebas documentales aportadas el Juez a quo tuvo en cuenta también los hechos notorios, que de acuerdo con el artículo 281.4 de la LEC no necesitan prueba", y concluye que "desde luego cuando el juez de primera instancia aportó a su sentencia las reflexiones y valoraciones de otras resoluciones judiciales recaídas en casos análogos al enjuiciado no estaba eludiendo el análisis de su caso sino que legítimamente hizo suyos los razonamientos de otros tribunales para reforzar su propio análisis del caso, cuya decisión le corresponde".

La misma pretensión ejercitada ha sido resuelta por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en sentencias de 29 de diciembre del 2014 reiterada en la de 07 de enero de 2015 (ROJ: SAP V 1/2015) que concluye:

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-millionarias.

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.

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 en fecha de 19/7/2011, resultando innecesario analizar el planteamiento de la pretensión subsidiaria.

Esta sentencia ha sido confirmada por la reciente sentencia de STS, Civil Pleno del 03 de febrero de 2016 (ROJ: STS 91/2016)recogiendo en sus fundamentos tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre el error como vicio en el consentimiento que::

2.- Como quiera que se trataba de la salida a bolsa de una entidad que hasta ese momento no cotizaba, sus acciones no tenían un "historial" previo de cotización en un mercado secundario oficial, por lo que el folleto era el único cauce informativo de que disponía el pequeño inversor. Si en el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones. Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial.

Y si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia, es claro que la Audiencia anuda dicho déficit informativo a la prestación errónea del consentimiento, en los términos expuestos, sin necesidad de que utilicen expresamente los vocablos nexo causal u otros similares. Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco (que provenía de la transformación de una caja de ahorros en la que tenían sus ahorros), se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tiene que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia; de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento. Y eso lo explica perfectamente la Audiencia en su sentencia, tal y como hemos resumido en el apartado 4.vi del fundamento jurídico primero; estableciendo los siguientes hitos de los que se desprende nítidamente la relación de causalidad: 1º) El folleto publicitó una situación de solvencia y de existencia de beneficios que resultaron no ser reales; 2º) Tales datos económicos eran esenciales para que el inversor pudiera adoptar su decisión, y la representación que se hace de los mismos es que va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios; cuando realmente, estaba suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias. 3º) El objetivo de la inversión era la obtención de rendimiento (dividendos), por lo que la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resultó determinante en la captación y prestación del consentimiento. 4º) La excusabilidad del error resulta patente, en cuanto que 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 pequeño inversor.

En consecuencia, el nexo de causalidad era evidente, a la vista de lo que la sentencia razona, puesto que justamente el folleto se publica para que los potenciales inversores tomen su decisión, incluso aunque no lo hayan leído, puesto que el folleto permite una "diseminación" de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir. En la demanda se afirmaba que los demandantes realizaron la inversión confiados en "que la entidad Bankia era una empresa solvente que iba a repartir beneficios", por lo que resulta obvio que si hubieran sabido que el valor real de unas acciones que estaban comprando a 3'75 euros era, apenas un 1% del precio desembolsado, no habrían comprado en ningún caso. Máxime, al tratarse de pequeños ahorradores que únicamente cuentan con la información que

suministra la propia entidad, a diferencia de grandes inversores, o los denominados inversores institucionales, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

3.- Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC , sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: "Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias" .

4.- Es cierto que un sector muy destacado de la doctrina comunitaria y nacional, así como diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto , anular el aumento de capital. Para ello, parten de la base de que la doctrina de la sociedad nula o de hecho es también aplicable a los aumentos de capital, por lo que la anulación de una suscripción de acciones por vicios del consentimiento sería contradictoria con dicha doctrina, plasmada legislativamente en el art. 56 LSC. Y sostienen, por tanto, que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 LMV -actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 - y 36 RD 1310/2005) y no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, el conflicto entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 LSC) y la normativa de valores (básicamente, art. 28 LMV) proviene, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

*No obstante, la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12) confirma la preeminencia de las normas del mercado de valores sobre las normas de la Directiva de sociedades; o más propiamente, que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.*

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene causa societatis, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. Es decir, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por vicio del consentimiento, con efectos ex tunc (arts. 1300 y 1303 CC), cuando, como en el caso resuelto en la sentencia recurrida, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento

Dicha doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia citando entre las más recientes la nº 421 de 4 de 12 de la Sección 9ª; la nº 400 de 18 de 12 de la Sección 6ª, la nº 261 de 15 de octubre y la nº 277 de 28 de octubre de la Sección 7ª o la nº 358 de 30 de diciembre de la Sec 11ª. En idénticos términos se han pronunciado las Audiencias Provinciales que han resuelto demandas similares a la presente y así por citar las más recientes la SAP, A Coruña sección 3 del 03 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP C 2235/2015); o la SAP, Badajoz sección 2 del 29 de julio de 2015 (ROJ: SAP BA 759/2015). SAP, Cáceres sección 1 del 04 de noviembre de 2015 (ROJ: SAP CC 757/2015); SAP, Coruña sección 3 del 26 de octubre de 2015 (ROJ: SAP C 2686/2015); SAP, Avila sección 1 del 23 de octubre de 2015 (ROJ: SAP AV 276/2015); SAP, León sección 1 del 21 de octubre de 2015 (ROJ: SAP LE 934/2015); SAP, Segovia sección 1 del 20 de octubre de 2015 (ROJ: SAP SG 257/2015); SAP, Burgos sección 2 del 20 de octubre de 2015 (ROJ: SAP BU 714/2015) y SAP, Burgos sección 3 del 14 de octubre de 2015 (ROJ: SAP BU 677/2015) SAP Asturias sección 5 del 19 de octubre de 2015 (ROJ: SAP O 2439/2015) y SAP, Asturias sección 6 del 13 de octubre de 2015 (ROJ: SAP O 2323/2015); SAP, Guadalajara sección 1 del 08 de octubre de 2015 (ROJ: SAP GU 330/2015); SAP, Badajoz sección 2 del 08 de octubre de 2015 (ROJ: SAP BA 897/2015); SAP, Albacete sección 1 del 08 de octubre de 2015 (ROJ: SAP AB 872/2015). las sentencias de la AP, Madrid sección 9 del 08 de mayo de 2015 (ROJ: SAP M 4213/2015) y del 23 de julio de 2015 (ROJ: SAP M 11504/2015) y de la sección 10 del 15 de julio de 2015 (ROJ: SAP M 10331/2015); la sentencia de seis de mayo del año dos mil quince de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante (Roj:SAP A 1028/2015).

OCTAVO.- En cuanto a los efectos de la nulidad de la suscripción de acciones de la sociedad anónima demandada son los que solicita la actora y así volviendo a citar la sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia del 07 de enero de 2015 (ROJ: SAP V 1/2015) en cuanto dice:

Dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil, debiendo el actor devolver a Bankia SA las acciones suscritas (efecto amparado por el TJUE en la sentencia de 19/12/2013 mentada supra, pues al igual que en tal caso, estamos ante un contrato de inversión como previo al de adquisición de la cualidad de accionista) y Bankia deberá devolver a los actores el importe de la suscripción, 20.868,75 euros, más los intereses legales y los actores reintegrar a la demandada las acciones más los dividendos en su caso obtenidos con sus intereses legales.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda formulada a instancia de [redacted] que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales [redacted], contra BANKIA, S.A que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales [redacted],
DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de adquisición de las obligaciones subordinadas objeto de este procedimiento celebrado entre los demandantes y demandada así como del canje por acciones por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato por tanto DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 90.000. € más los intereses legales devengados desde la fecha de la orden de compra pero del mismo modo deberá el actor reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como rendimientos 21.996'80 € más intereses legales desde sus respectivas liquidaciones. Asimismo DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de adquisición de acciones suscrito con Bankia el 19 de julio del 2011 por importe de 7.166'25 € por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato por tanto DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a la devolución de la suma de 7.166'25 € en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, debiendo la actora restituir los títulos adquiridos y en su caso de los rendimientos que hubiera podido percibir si hubiera cobrado dividendos con los intereses desde la fecha de su cobro. Y con imposición de costas a la parte demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de VEINTE días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerda y firma SSª.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO,