

RESUMEN:

La Sección 9ª, tras efectuar un análisis del valor negociable suscrito, la normativa aplicable y el deber de información exigible, destaca - a los efectos de su ulterior resolución - la relevancia del concepto de "información suficiente" que se ha de dar al público, con especial referencia a los riesgos del emisor, explicitados en sus activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas, ..., con el fin de que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, por ser tal información determinante a la hora de decidir la inversión. Se añade que el inversor actúa en la confianza de que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores ha verificado la aportación instrumental de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las cuentas contables, resultando evidente que "... los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados" y destacando que "la propia ley del Mercado de Valores fija [...] la responsabilidad por la información del folleto [...] fijando el artículo 28-3 (...) una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones explicitadas ... sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto...."

La Sala analiza el alcance de la acción ejercitada y tras el preceptivo juicio revisor no encuentra ajustada a derecho la motivación de la sentencia recurrida y aprecia al caso la concurrencia de los presupuestos legales para acoger el error como vicio de consentimiento productor de los efectos contemplados en el artículo 1303 del C. Civil. **La expresada conclusión se sustenta en la discrepancia entre el resultado contable auditado correspondiente al ejercicio social de la entidad bancaria y el contenido de lo informado y divulgado el folleto.** Dice la resolución que con "estos datos objetivos, junto con la pericial comentada y valorada, es evidente la **enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral) revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio (artículo 281-4 Ley Enjuiciamiento Civil) - por conocimiento absoluto y general - que la entidad demandada solicitó, pocos meses después de tal emisión, la intervención pública con una inyección de una más que relevante cantidad de capital, so pena, de entrar en concurso de acreedores.** Por consiguiente, **las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011, determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor, no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicitada y divulgada, ni la situación económico financiera real, y en todo caso, dados esos dos datos objetivos incontestes y la pericial practicada, demostrativos, en resumen, de la incorrección e inveracidad, amén de omisión, de la información del folleto en tales datos, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado no impugnar esos datos objetivos) que a época de oferta pública los datos publicitados eran correctos y reales, extremo no ocurrente. Evidente es que no basta -como alega y pretende la demandada- cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno y ello respecto a los beneficios y pérdidas de ... se ha demostrado que lo informado no era real. / La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores."**

El Tribunal aprecia el error como vicio estructural del negocio de suscripción de las acciones razonando que **"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", y con aplicación del artículo 1303 del Código Civil, señala como efectos el deber del actor de proceder a la devolución de las acciones suscritas y la entidad bancaria el deber de restituir a los demandantes el importe de la suscripción más los intereses legales.**

ROLLO NÚM. 000751/2014 SENTENCIA NÚM.: 381/14

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA MARÍA ANTONIA GAITÓN REDONDO

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a veintinueve de diciembre de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000751/2014, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 001439/2013, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 16 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelantes a don Claudio y doña Claudia , representados por el Procurador de los Tribunales don MMMMMMMM, y asistidos de la Letrado MMMMM y de otra, como apelada a BANKIA representada por la Procuradora de los Tribunales doña MMMM, y asistida del Letrado don MMMMM, en virtud del recurso de apelación interpuesto por MM y MM .

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 16 DE VALENCIA en fecha 24 de junio de 2014 , contiene el siguiente FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda formulada a instancia de D. MMM , representados por el Procurador de los Tribunales D. MMM, y asistidos jurídicamente por el Letrado MMMM, contra la entidad financiera BANKIA SA, como sucesora de la entidad Caja de Ahorros Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a MMMM, y asistida jurídicamente por el Letrado D. MMMM, debo declarar y **declaro la nulidad de los contratos de orden de compra de las Participaciones Preferentes adquiridos en fechas 9 de julio de 2009, y de 29 de julio de 2011, por un importe nominal total de 7.800 euros, celebrados entre la entidad demandada, y los demandantes, así como del canje por acciones realizado el 13 de marzo de 2.012, 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 condeno a la demandada a la devolución a la parte actora, de la suma de SIETE MIL OCHOCIENTOS EUROS (7.800.- euros) en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora, como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; absolviéndole del resto de peticiones efectuadas en su contra; y sin expresa imposición en costas."**

SEGUNDO .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por MMMM , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO. - Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO . Claudio y Claudia plantearon demanda contra Bankia SA solicitando la nulidad del negocio jurídico de adquisición de unas participaciones preferentes por importe de 7.800 euros, canjeadas con posterioridad por unas acciones de Bankia y en la adquisición -en fecha de 19/7/2011- de unas acciones emitidas por la demandada por importe de 4.425 euros por concurrir vicio de error y/o dolo en la prestación del consentimiento.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia estimó la nulidad de las órdenes de compra de las participaciones preferentes y su canje posterior, si bien desestimó la pretensión anulatoria de la adquisición de las acciones al no concurrir error y dolo en la prestación del consentimiento por ser un instrumento financiero no complejo; estar negociadas en un mercado regulado con un funcionamiento y riesgos propios sobradamente conocidos; no acreditarse que la información suministrada fuera inadecuada e incorrecta y que, aún en este último caso, ello no sería objeto del presente procedimiento.

Se interpone recurso de apelación por la parte demandante, ceñido exclusivamente al pronunciamiento desestimatorio respecto a la adquisición de las acciones, invocando, en esencia y sumario, el error de valoración de la prueba sobre la información facilitada por Bankia SA y concurrir los requisitos para apreciar el error y dolo como vicios en el consentimiento, solicitando la revocación parcial de la sentencia y que este Tribunal declare la nulidad del contrato de adquisición de las acciones efectuada en fecha de 19/7/2011 y la declaración de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones, condenando a Bankia SA a devolver a los actores 4.425 euros en concepto de principal más los intereses legales devengados desde la fecha de formalización del contrato; Subsidiariamente, con revocación parcial de la sentencia se pide al Tribunal declare la obligación de Bankia SA de indemnizar a los actores en la cuantía de 4.425 euros en cumplimiento de lo establecido en el artículo 36 del RD 1310/2005 y artículos 10 , 17 y 19 del RD 1362/2007 en relación con el artículo 28 de la Ley Mercado de Valores , en relación con el artículo 1101 del Código Civil más los intereses legales que correspondan.

La parte demandada apelada opuso que la acción de nulidad por vicio del consentimiento en la adquisición de las acciones de Bankia SA, no había sido planteada por los actores, no pudiendo ser -ahora- tema del recurso de apelación, por lo que resultaba improcedente la petición subsidiaria; en cuanto al error denunciado, oponía haber prestado Bankia toda la información necesaria para que los actores emitieran un consentimiento válido, conociendo los actores el significado y funcionamiento de las acciones; habiéndose confeccionado e inscrito el Folleto informativo en el que se describen las principales características de la oferta pública de suscripción; no concurrir los requisitos del dolo que además no han sido acreditados por la parte contraria, interesando la confirmación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia.

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

El producto financiero suscrito por los actores son acciones, instrumentos de inversión regulados en la Ley de Mercado de Valores de 1988 que expresamente en su artículo 2 las menciona como objeto de su aplicación. La normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual es, la protección del inversor, al estar ante un mercado de negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos.

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

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

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

En tal tesitura y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados y la propia ley del Mercado de Valores fija en su artículo 28 la responsabilidad por la información del folleto y obliga al autor del folleto informativo (artículo 28-2) a declarar que -a su entender- los datos son conformes a la realidad y no se omiten hechos que "por su naturaleza pudiera alterar su alcance", fijando el artículo 28-3 (desarrollado en el artículo 36 del RD 1310/2005) una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus administradores, no siendo ésta la acción entablada en la demanda iniciadora al actual procedimiento, sino que es la de nulidad contractual por vicio estructural (artículos 1265 , 1266 y 1300 Código Civil) no excluida ni eliminada, obviamente, en el texto normativo referenciado, pues al fin y al cabo, la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato y en especial consideración a los que validan la emisión del consentimiento como elemento esencial de su perfeccionamiento.

Por último, para culminar este fundamento, es de precisar, que la acción como instrumento financiero no es un producto de inversión complejo -como certeramente califica la sentencia de instancia-, por tanto, ya en su suscripción (mercado primario) ya en su compra (mercado secundario), no son necesarias las exigencias informativas de mayor rigor y nivel que la Ley del Mercado de Valores impone para productos complejos; en concreto, ante las alegaciones de los demandantes apelantes, no resulta preceptiva la necesidad de practicar un test de conveniencia, excluido expresamente por el legislador, como así fija expresamente el artículo 79 bis 8 de la mentada Ley , recogiendo las directrices de la Directiva 2006/73. La clara razón o fundamento de ello es que son productos fácilmente liquidables a precios públicamente disponibles, evaluados por un sistema independiente al emisor y, además, productos medianamente comprendidos en sus características por los inversores. La carencia de relación contractual entre litigantes de un contrato de gestión de cartera o de asesoramiento en materia de inversiones, excluye, igualmente, la necesidad de la práctica del test de idoneidad.

TERCERO. Clase de acción ejercitada y valoración de la sentencia recurrida .

En la alzada, la parte demandante-recurrente se ciñe, lógicamente, en atención al gravamen que le implica la sentencia recurrida, a la acción de nulidad por error y/o dolo como vicios en la prestación del consentimiento, apartando del proceso la acción de resolución de contrato con daños y perjuicios. Pero, introduce de forma subsidiaria una

acción de daños y perjuicios fundada en el artículo 28 de la Ley Mercado de Valores con su desarrollo en el artículo 36 del RD 1310/2005 , no entablada -observado su escrito rector- con la demanda, es más, el pliego inicial guarda completo silencio de esos preceptos legales, invocando en este punto y de forma exclusiva el artículo 1101 del Código Civil (no obstante el suplico subsidiario es una acción de resolución de contrato con daños y perjuicios). La Sala ya adelanta que no examinará dicha acción ni aún de forma subsidiaria dada la mutación que se hace de la demanda, introduciendo una acción especial y específica de responsabilidad civil, no deducida en la demanda, conducta procesal proscrita por el artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil .

La parte apelada denuncia en el inicio de su oposición en esta alzada que la nulidad de la adquisición de acciones no está entablada con la demanda, dado el contenido del primer apartado del suplico al no mencionar la compra de acciones y como tal acción no se planteó no puede -bajo los parámetros legales de congruencia y rogación- ser objeto del recurso de apelación.

Tal defensa no puede ser estimada al basarse en un rigor literal absolutamente desproporcionado con la pretensión que se persigue y sería vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución Española) y contrario al mandato del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , más cuando es una denuncia que la parte demandada no hizo en la instancia pues irrumpe novedosamente para la presente alzada.

Si bien, ciertamente, el primer apartado del suplico de la demanda a la hora de interesar la nulidad/anulabilidad de las órdenes de adquisición de los productos financieros se refiere a las participaciones preferentes y se omite la designa a las acciones, resulta evidente dado el contenido de la demanda que dicha acción también se entablaba y abarcaba la suscripción de las acciones, como implícitamente está inmersa en el apartado segundo del suplico de la demanda en que se solicita la condena a Bankia SA, consecuencia de la nulidad contractual, a la devolución a los actores de 12.225 euros (que es la cantidad total invertida en las participaciones preferentes y acciones). La nulidad de la adquisición de las acciones ha sido tratada en el proceso, fue objeto expreso de contestación a la demanda (así explicitado en las páginas 21-23 y 29 de tal escrito de la demandada), y, además, vistos los soportes de grabación, nada adujo la demandada en este punto en la audiencia previa, donde se propusieron y admitieron pruebas relacionadas con la adquisición de las acciones con su práctica en el acto del juicio y tema objeto expreso de las conclusiones de la parte demandante y ha tenido respuesta en la sentencia, tanto en su motivación como en el fallo, no siendo admisible, por incomprensible, a esta altura del proceso invocar que esa acción no está deducida.

Debe reseñarse por su trascendencia que el error estructural del contrato se invocó en que el deber de información prestado por la demandada no fue adecuado porque la contenida en el Folleto informativo era inexacta y no real, aportando como soporte de tal aseveración una prueba pericial (Doc. 12 de la demanda emitido por los economistas Joaquina y Cesareo , interviniendo este último en el acto del juicio), explicitando que la emisión de acciones se informa respecto a una sociedad solvente y con beneficios y resultaba por su propias cuentas que era una sociedad con pérdidas.

La Sala, en tal tesitura, tras el preceptivo juicio revisorio (artículo 456-1 Ley Enjuiciamiento Civil), no encuentra ajustada a derecho la motivación de la sentencia recurrida (FD. NOVENO), no comparte la misma y además aprecia un claro error en la valoración probatoria. Ello por las siguientes razones;

1º) Es evidente que como norma general en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una "acción" de una sociedad anónima (hecho no desconocido por los actores, al contrario, admitido por la parte apelante), su riesgo y el modo de fluctuar su valor -volátil a tenor del precio fijado por el propio mercado-, pero fácilmente accesible; pero todo ello no resta a que la información del folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública que es el caso presente, es un dato fáctico transcendental y debe ostentar los requisitos fijados supra. y esto precisamente es obviado por la Juez de Instancia, cuya motivación tendría cabal sentido en la compra de acciones emitidas y cotizadas en el mercado secundario que no es el supuesto que se somete a consideración en el presente procedimiento.

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

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

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

5º) La afirmación de la sentencia recurrida de que no se acredita que la información otorgada no fue correcta y adecuada, es claramente errónea, no apreciándose de forma

correcta el resultado probatorio que precisamente demuestra lo contrario como a continuación se pasa a exponer.

CUARTO. *La corrección, exactitud y veracidad del contenido del folleto de emisión de la oferta pública de suscripción de las acciones de Bankia SA.*

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

Si bien no consta aportado a autos el folleto de la emisión de las nuevas acciones de Bankia SA (aún no desconociendo la Sala su registro público y acceso al mismo), con la demanda se aporta un informe pericial referido supra, al que la Sala otorga plena validez probatoria conforme al artículo 348 de la Ley Procesal civil, habiendo los peritos examinado las cuentas sociales auditadas, aprobadas y depositadas de Bankia SA del ejercicio 2011,- en concreto la cuenta de resultados de dicho ejercicio- y comparan con los datos informativos del resumen-folleto, concluyendo con la sustancial diferencia entre los beneficios publicitados en el folleto (309 millones de beneficios) frente a lo que se consignan en las cuentas anuales (3.030 millones de pérdidas reales), datos fácticos, por otra parte, no discutidos por la entidad demandada. Además, el autor (Cesareo) de tal dictamen pericial intervino en el acto del juicio poniendo de manifiesto a tenor de esos datos la ocultación en el mentado folleto de las pérdidas reales efectivas de la entidad Bankia SA.

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

contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno y ello respecto a los beneficios y pérdidas de Bankia se ha demostrado que lo informado no era real.

La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores. No establece la Directiva 2003/71 del folleto, -fuera de la orden de su artículo 25 en la imposición de las sanciones y medidas administrativas apropiadas-, el régimen de responsabilidad civil por esa vulneración, dejándola a la regulación del derecho interno de cada estado miembro (así además declarado en la sentencia del TJUE de 19/12/2013 -Sala Segunda- asunto Inmofinanz AG, C-174/2912 sobre un caso de adquisición de acciones de una sociedad con vulneración de tal Directiva) y por ello concluye que no es contrario a la Directiva 2003/71/CE (y otras), una normativa nacional que en la transposición de la misma: *".. establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas por estas Directivas y, por otra parte, obliga, como consecuencia de esa responsabilidad, a la sociedad de que se trata a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas"*. Por consiguiente, como se ha expuesto supra, frente a la acción específica de daños y perjuicios, fijada en el artículo 28-2 de la Ley del Mercado de Valores, nada empuja a que tal vulneración pueda sustentar una acción como la presente de nulidad por vicio del consentimiento con la restitución de las prestaciones sustentada en la normativa del Código Civil, en cuanto integre los requisitos propios de la misma.

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

QUINTO. El error esencial como vicio del consentimiento y motivo de nulidad del contrato .

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

Complementan dicha sentencia a la que también citan, las sentencias del Alto Tribunal de 29/10/2013 y 20/1/2014 explicitando; << El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en

determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

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

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

1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

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

SEXTO.- Efectos de la nulidad de la suscripción de acciones de la sociedad anónima demandada.

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

SÉPTIMO . Costas procesales.

Dado que la demanda se estima en su integridad deben ser impuestas las costas de la primera instancia a la entidad demandada conforme al artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil sin pronunciamiento de las causadas en la alzada por la estimación del recurso de apelación de acuerdo con el artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

Estimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, MMMM, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 16 Valencia de fecha 24/6/2014 en proceso ordinario 1439/2013, revocamos en parte dicha resolución y;

1º) Se decreta la nulidad por error-vicio en la prestación del consentimiento de la suscripción-adquisición por MMMMM en fecha de 19/7/2011 de 1.180 acciones de nueva emisión de Bankia SA, debiendo aquellos reintegrar dichos valores con los rendimientos en su caso obtenidos con sus intereses legales y devolver la demandada a los actores la suma de 4.425 euros más los intereses legales desde dicha fecha y títulos.

2º) Las costas procesales devengadas en la instancia se imponen a la parte demandada.

3º) No se efectúa pronunciamiento de las costas causadas en la alzada y se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

www.ferranabogados.com/bankia