J.PRIMERA INSTANCIA N°3 DE JAEN (ANTIGUO MIXTO N°3)

C/ ARQUITECTO BERGES, N° 16 (PALACIO DE JUSTICIA)

Tlf: 662978900-662978899-662978898-662978897-662978896,

Fax: 953012756

Número de Identificación General: 2305042C20150002256

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 442/2015. Negociado: M3

SENTENCIA N°25/2016

En Jaén a 27 de enero de 2016.

Por **D. BLAS REGIDOR MARTÍNEZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Jaén, han sido vistos los autos de Juicio ordinario seguidos en éste juzgado con el n° 442/15, promovidos por el procurador de los Tribunales [redacted] en nombre y representación de [redacted] actuando bajo la dirección letrada de [redacted] contra [redacted], representada por el procurador de los Tribunales [redacted] y actuando bajo la dirección letrada de [redacted] sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto se recibió en este juzgado demanda de juicio ordinario en la que la parte demandante alegaba que el 19 de julio de 2011 suscribió dos órdenes de compra de acciones de la Oferta Pública de Suscripción y Admisión a Negociación de Acciones de Bankia, S.A. (OPS) por un importe total de 999.997,50 € que representaban 266.666 acciones.

Se alegaba que la demandante había confiado en la imagen de solvencia que ofertaba la demandada, imagen que se reflejó en el folleto informativo de la emisión y en distintos comunicados de la entidad, imagen que no era la real, por lo que se solicitaba que se declarara la nulidad de los negocios jurídicos en virtud del cual la actora había adquirido las acciones por haber emitido el consentimiento por error, y subsidiariamente, se indemnizara por daños y perjuicios.

SEGUNDO.- La demandada se opuso a la demanda, y además de alegar cuestión prejudicial penal, la que quedó resuelta por Auto de 10 de julio de 2015, alegaba, en esencia, que no habría existido ni error ni dolo en la prestación del consentimiento, además de que la demandante tendría la consideración de inversor cualificado.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba, propuesta y practicada la declarada pertinente, y habiéndose admitido únicamente prueba documental, en virtud del art. 429.8 de la LEC, quedó concluso el Juicio para Sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita una acción de nulidad del contrato de adquisición de acciones de Bankia, y ello en base a que la demandante emitió su consentimiento con error que invalidaría dicho contrato.

Del mismo modo, y subsidiariamente se ejercita acción de indemnización de daños y perjuicios en base a las mismas premisas, información poco veraz por parte del emisor de la oferta pública.

El consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y así el artículo 1265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1266 que 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 ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. La jurisprudencia del TS, en relación a los requisitos que ha de reunir el mismo 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).

SEGUNDO.- Lo primero que se debe de advertir es que en el día de hoy el TS sobre la cuestión, manteniendo en dos recursos interpuestos por la hoy demandada que hubo error en el consentimiento por parte de los compradores debido a las graves inexactitudes del folleto de la oferta pública.

Aún desconociendo la redacción de las referidas resoluciones, no cabe duda de que el contenido de los recursos debe de ser sustancialmente igual a la defensa planteada en el presente procedimiento.

Lo que se ha de probar es si la información contractual sobre la solvencia de la entidad titular de las acciones se correspondía con la realidad, o si como alega la actora, no reflejaba una imagen fiel en tanto que los datos contables de la entidad no se correspondían con su verdadera situación económica.

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, 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.

Esto es, la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria, y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega.

La prueba practicada ha consistido en los documentos aportados por las partes.

Además de la información que se refleja en la citada documental, hay que añadir la que resulte de la aplicación de la doctrina de los hechos notorios (artículo 281.4 LEC), esto es, no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Esta doctrina es aplicable al caso de autos, habida cuenta de la repercusión social (innumerables reclamaciones de clientes), mediática (prensa, radio y televisión han difundido multitud de noticias) y política (al encontrarse implicadas

distintas cajas de ahorro), que han tenido los acontecimientos relacionados con la mercantil demandada, Bankia, desde la salida a bolsa de las acciones hasta la actualidad, dando lugar a reclamaciones masivas de clientes ante los tribunales (preferentes y subordinadas) y a la existencia de procedimiento penal ante el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional (Diligencia Previa 59/2012), cuya prejudicialidad se invocaba en este pleito.

Resulta así probado que Bankia, S.A. se presentó a la vida pública como uno de los grupos financieros más solventes del Estado. En junio de 2011 la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de Banco Financiero y de Ahorros, S.A. y, posteriormente, el Accionista Único y el Consejo de Administración de Bankia, adoptaron los acuerdos necesarios para poner en marcha la salida a Bolsa de Bankia mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción de acciones.

En toda la publicidad mediática se presentaba a la entidad como una de las principales entidades financieras del Estado Español, saliendo a bolsa Bankia el día 20 de julio de 2011 siendo suspendida en su cotización por la CNMV el 25 de mayo de 2012, a petición de la propia entidad.

Ese mismo día el Consejo de Administración de la entidad solicita al Estado una inyección de 19.000 millones de Euros. Dicha cantidad se solicita para el Banco Financiero y Ahorro, S.A, en el que se integra Bankia, de los que, en torno a 12.000 millones de euros serían para la recapitalización de esta última.

En definitiva se pasa, en un periodo de menos de 1 año (desde la salida a bolsa, el 20 de julio de 2011 hasta la solicitud de suspensión a la CNMV el 25 de mayo de 2012), de presentar unas cuentas cuyos activos totales se situaban en torno a los 305.000 millones de euros a interesar un rescate de 19.000 millones de euros.

TERCERO.- No puede tener relevancia en el presente pleito el hecho de que la demandante tuviera o no experiencia en el sector inversor, o que tuviera la consideración de inversor cualificado, y es que lo determinante es que haya existido error motivado por la falsedad o la no coincidencia del folleto informativo con la imagen real de la entidad.

Pues bien, el producto financiero suscrito por la parte actora 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 bis. 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, se debe de destacar, 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.

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.

CUARTO.- 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 principal 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; pero del mismo modo no se puede olvidar que la acción subsidiaria ejercitada si es la de indemnización por daños y perjuicios.

Al mismo tiempo, es de precisar, que la acción como

instrumento financiero no es un producto de inversión complejo, 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, 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.

Pues bien, es de resaltar, como ya se ha expuesto, que en el presente asunto no nos encontramos ante una compra de acciones emitidas y cotizadas, sino ante la suscripción de nuevas acciones (mercado primario) por la oferta de emisión pública de Bankia SA (que salió a Bolsa el 20/7/2011, dato notorio), donde la información del folleto de dicha emisión, es un dato fáctico esencial y trascendental, y debe ostentar los requisitos fijados anteriormente.

Del mismo modo, hay que precisar que el hecho de que el proceso público de salida a emisión y suscripción 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 (que es de advertir que confecciona el emisor y no audita ni controla dicha Comisión) sean veraces, correctos o reales. El mentado organismo supervisa que se aporte la documentación e información exigida para dicha oferta pública y que la misma sea entendible y comprensible, 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.

Tal y como se ha reflejado con anterioridad, es evidente, y así resulta acreditada, 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 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 ello aunque el Banco de España diga ahora lo contrario.

Evidente es que no basta, como alega 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 fue real.

La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, 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 de la sociedad emisora; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores.

QUINTO.- Es evidente que si a un ciudadano medio se le indica que una entidad que va a salir a bolsa es solvente y además constituye uno de los principales grupos económicos y financieros del país (fusión de varias Cajas), trasladándole información contable de solvencia, se está afectando a la esencia misma de la causa por la que se adquiere el producto, en este caso, la solvencia de la entidad en la que se confía, toda vez que una acción es una parte alícuota de la sociedad y, como tal, a mayor solvencia de la misma, mayor capacidad de influir en la voluntad de los suscriptores para su adquisición en tanto mayores dividendos (beneficios) se espera de la misma.

El error padecido por la actora sobre la solvencia de Bankia, constituye la causa de la suscripción de las acciones, ya que la representación sobre su estabilidad patrimonial, inducida por la conducta de la demandada, es la causa de la compra de una parte de la misma a través de la suscripción de las acciones.

Del mismo modo, el error no debe ser imputable a quién lo padece y, en el caso de autos, no puede imputarse a la actora la imagen de solvencia que proyectó la demandada.

Por último, el error no debe ser excusable, y en el presente caso, difícilmente puede exigírsele a la actora otra conducta de comprobación o verificación de la solvencia de Bankia, S.A., cuando dicha situación no fue detectada por los organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dichas funciones.

Por lo tanto, se ha de apreciar la existencia de un error en el consentimiento, con los requisitos enunciados de tratarse de esencial y excusable, es decir, que no pudo ser salvado por la actora empleando una diligencia media o regular, máxime cuando también puede apreciarse el error como vicio del consentimiento por una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido, pues se ha de derivar que de haberse dado una información fiel de la situación financiera de la entidad, no se hubieran suscrito las acciones objeto de las presentes actuaciones.

Por lo tanto, concurren los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para apreciar error, como vicio del consentimiento, en la adquisición de acciones objeto de la demanda.

SEXO.- 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.

Por lo tanto, procede la estimación de la demanda, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que fueron objeto de la suscripción de las acciones, con los intereses legales devengados, es decir, que por la demandada Bankia se deberá abonar a la actora la suma de 999.997,50 euros, con los intereses desde la fecha compra, debiendo restituir la parte actora los títulos adquiridos.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere a las costas causadas, en aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las causadas se imponen a la parte demandada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que estimando íntegramente como estimo la demanda interpuesta, debo declarar y declaro la nulidad de las Ordenes de Valores suscritas por la actora el 19 de julio de 2011 de la Oferta Pública de Suscripción y Admisión a Negociación de Acciones de Bankia, S.A. (OPS) y en virtud de las cuales adquiriría 266.666 acciones por un importe de 999.997,50 €, debiendo condenar y condenando a Bankia, S.A. a que abone a cantidad de NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MİL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA CÉNTTIMOS DE EURO (999.997,50 €) con los intereses legales desde la fecha compra, debiendo restituir la actora los títulos adquiridos, con imposición de costas a la parte demandada.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Jaén (artículo 455 L.E.C.). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación.

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banco Santander.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. EL MAGISTRADO/JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe, en Jaén, a veintisiete de enero de dos mil dieciséis.

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)"