

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008

37007740

N.I.G.: 28.007.00.2-2014/0003415

Recurso de Apelación [REDACTED]



(01) 30404857887

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 05 de Alcorcón

Autos de Procedimiento Ordinario [REDACTED]

APELANTE: BANKIA SA

PROCURADOR [REDACTED]

APELADO: [REDACTED]

PROCURADOR Dña. MARTA ROLDÁN GARCÍA

SENTENCIA Nº: [REDACTED] 15

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

Dña. MARGARITA OREJAS VALDES

En Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil quince. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio Ordinario número [REDACTED], procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcorcón, seguidos entre partes, de una como demandante-apelado, [REDACTED], representado por la Procuradora D^a MARTA ROLDÁN GARCÍA, y de otra, como demandada-apelante, **BANKIA, S.A.**, representada por el Procurador [REDACTED]

VISTO, siendo Magistrado Ponente la **Ilma. Sra. Dña. MARGARITA OREJAS VALDÉS.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcorcón, en fecha 11 de febrero de 2015, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que debo estimar y **ESTIMO** la demanda formulada por [REDACTED] representado por la Procuradora Sra. Roldán García, frente a **BANKIA S.A.**, representada por el Procurador [REDACTED]; en su consecuencia, debo declarar y declaro la **NULIDAD** de la compra de participaciones preferentes de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, actual Bankia S.A, de fecha de 26-05-2.009 nº [REDACTED] por importe de 26.000,00 euros, así como el de los negocios jurídicos derivados del anterior incluido el canje obligatorio realizado por la entidad en el mes de mayo de 2.013. Se declara la **NULIDAD** de la compra de acciones de Bankia S.A de 01-07-2.011 con nº [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], por importe cada una de ellas de 8.000,00 euros. Y por ello debo condenar y **CONDENO** a la demandada a reintegrar al demandante en la totalidad de las cantidades invertidas por el cliente tanto en la compra de participaciones preferentes, como en la de acciones, con sus respectivos intereses legales desde fecha de adquisición, y deduciendo los intereses percibidos por el demandante, también con sus intereses legales desde fecha de su cobro, y devolviendo el demandante a la demandada la titularidad de las acciones.

Se imponen las costas a la parte demandada.”

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO. No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el 22 de julio de 2015.

CUARTO. En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida

PRIMERO.- Por la representación procesal de Bankia SA se interpone recurso de apelación frente a la sentencia dictada el 11 febrero 2015 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Alcorcón en los autos de juicio ordinario nº [REDACTED] que estimó la demanda presentada por D. [REDACTED] contra la hoy apelante. Alega lo que a continuación se expondrá por lo que solicita la revocación de la resolución recurrida. La representación procesal del demandante se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Para mejor comprensión del presente recurso hemos de hacer un

breve resumen de los hechos del mismo. La parte actora interpuso demanda alegando que el 20 enero 1997 suscribió con la demandada un contrato tipo de depósito o administración de valores, y asesorado por su gestora personal en la sucursal de Bankia en Alcorcón el 7 julio 2009 adquirió participaciones preferentes emisión 2009 de Caja Madrid por importe de 26.000 €. Igualmente el 1 de julio 2011 formalizó órdenes de suscripción de acciones Bankia, tramo minorista por 40.000 €. El 15 mayo 2009 suscribe el documento de las nuevas condiciones de la prestación de servicios de inversión de acuerdo con la nueva normativa MIFID. El demandante tiene estudios elementales y carece de cualquier conocimiento en materia de inversión. Es conductor transportista desde hace 32 años, vive en casa de sus padres y aparte de su trabajo como conductor repartidor no cuenta con otra fuente de ingresos. La Sra. [REDACTED] trabajadora de Bankia, asesora personal del demandante fue la persona que le recomendó la suscripción tanto de las participaciones preferentes como de las acciones asegurándole que estaban a un precio muy inferior a su valor real y que convenía hacer una petición por una cuantía superior a la que se deseara pues la demanda iba a ser muy superior a la oferta. En las órdenes de suscripción que se aportan no hizo constar ni el número de títulos que se adquiriría ni el nominal de cada uno de ellos. Finalmente adquirió 10.665 acciones por un efectivo de 39.993,75.-€. Cuando sale a bolsa en julio de 2011 la compañía presenta unas cuentas que demuestran que es solvente y con beneficios. En el año 2012 publica los resultados del año 2011 también con beneficio pero su auditor se niega a firmar esas cuentas. Interviene el supervisor y el Ministerio de Economía forzando el cese de toda la directiva nombrando una nueva que presenta unas nuevas cuentas con unas pérdidas de más de 1000 millones de euros. La compañía se presenta como una gran oportunidad de inversión solvente, viable y con un precio favorable cuando la realidad es completamente diferente. El test de conveniencia que también aportan como prueba aparece con las respuestas premarcadas de antemano (Documentos nº 18 folleto de emisión y nº 19 el test), folios 64 y 67. No había transcurrido un año desde la salida a bolsa cuando el banco se vio obligado a comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores unas pérdidas de 2.979.000.000 € y acometer un plan de saneamiento solicitando recursos al fondo de reestructuración ordenada bancaria lo que demuestra que faltó claramente a la verdad en su folleto informativo provocando un error esencial en la compra de las acciones, siendo los clientes objeto de una campaña comercial muy intensa de los trabajadores de las oficinas.

En la contestación a la demanda el banco rechazó la existencia de asesoramiento así como que las participaciones preferentes constituyan un instrumento financiero complejo de riesgo elevado. Admite que la parte actora es consumidora y minorista pero rechaza su falta de conocimiento para operar en el tráfico jurídico. Alega el cumplimiento por parte del banco de la diligencia y transparencia prevista, señalando que se informa debidamente en el folleto informativo. Añadiendo que aunque hubiera sido firmado contrato de asesoramiento los tribunales vienen calificando que dicho contrato no es de resultado.

La Sentencia de Instancia estima la demanda y declara la nulidad de las órdenes de compra. Destaca que en el escrito de contestación a la demanda nada se dice sobre la solicitud de nulidad de la adquisición de acciones tan sólo lo atinente a las participaciones

preferentes y es en el acto del juicio en el trámite de conclusiones cuando alega la posible prejudicialidad penal

TERCERO.- La entidad bancaria interpone recurso de apelación alegando en primer lugar que la apreciación de vicios del consentimiento debe ser restrictiva, excepcional y amparada por prueba suficiente. Igualmente mantiene la imposibilidad de aplicar en este procedimiento la doctrina de hecho notorio en que la sentencia basa su argumentación al considerar que los datos aportados por la entidad bancaria en el momento de su salida a bolsa eran falsos, ya que no puede presumirse por el simple hecho de que en plena crisis económica haya necesitado importantes ayudas públicas sino que exige la realización de análisis y valoraciones jurídicas, contables, económicas y financieras de enorme complejidad. Afirma que hay error en la valoración de la prueba en lo relativo al falseamiento de los datos contables. Muestra su desacuerdo con la existencia del error. Manifiesta que la información que se incorporaba al folleto incluía los estados financieros consolidados correspondientes al primer trimestre de 2011 auditados sin salvedades así como los rigurosos controles del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Que un hecho notorio es un hecho pacífico objetivo y no posee connotaciones jurídicas ni técnicas, la valoración de la situación de Bankia a su salida a Bolsa no reúne ninguno de estos requisitos. El supuesto falseamiento contable no es una verdad objetiva ni existe un consenso unánime sobre el mismo. En ningún momento se ha demostrado que el banco haya falseando sus datos contables. El proceso de salida a bolsa goza de una presunción de legalidad derivado del cumplimiento de los requisitos legales y materiales necesarios para que se produzca una oferta pública de suscripción de acciones. Añade que la situación patrimonial o de solvencia no es sustancial en la compraventa de acciones. Entiende que no se puede considerar que exista error como elemento invalidante del consentimiento ya que en la inversión en bolsa hay una serie de riesgos incluido el riesgo de que la inversión no tenga un resultado exitoso y arroje, incluso pérdidas.

Así mismo interesa la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, como ya alegó en su momento. La Sala no debería dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la espera de que el Tribunal penal se pronuncie sobre la presunta falsedad o irregularidad de la contabilidad elaborada por la demandada con motivo de su salida a bolsa.

CUARTO.- Conforme al artículo 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil cuando concurren entre otras, las siguientes circunstancias: que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. Que los hechos investigados en dicho proceso con apariencia de delito sirvan de fundamento a las pretensiones de las partes en el proceso civil y que la decisión del Tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. En definitiva se exige una especial coincidencia y conexión de los procesos, de ahí que se pregone esa nota de la imprescindibilidad de la causa penal, en orden a evitar que por el

perjuicio que se produciría a la seguridad jurídica, nos pudiéramos encontrar con sentencias contradictorias dictadas por órganos de distintos órdenes jurisdiccionales. Esta primacía del proceso penal conlleva como señala la sentencia de 5 de diciembre de 1996 del Tribunal Supremo “La Sala en Sentencia de 14 de abril de 1989, interpretando el artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dejó establecido que “el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción y de la preferencia de la criminal, obliga a apreciar de oficio la falta de jurisdicción, indicando a la vez la preferencia de orden penal cuando se trate del conocimiento de un mismo hecho”. En idéntico sentido, la sentencia de 14 de julio de 1989, estableció que es doctrina reiterada plasmada en sentencias, entre otras, de 11 de noviembre de 1988, 27 de enero y 7 de febrero de 1989 y finalmente en la de 9 de febrero de 1989, la preferencia del orden jurisdiccional penal sancionada ya en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de Mayo, al establecer, en su artículo 1º, que “cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal”. De ello resulta que, de oficio, y aún cuando no sea cuestión planteada en el pleito, debió paralizarse el procedimiento civil”.

En el presente caso no se cumplen los requisitos contemplados en la doctrina anteriormente expuesta. Para que haya prejudicialidad, el proceso civil no debe poder ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal pero cuando aquél puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo que debe dictarse por el procedimiento penal ya que no puede tener influencia alguna sobre la resolución del proceso civil, ninguna trascendencia tendrá la resolución que se adopte en el proceso penal (por todas S.T.S. de 30 de mayo de 2007). En el presente proceso civil, lo que se insta es la nulidad de los contratos por motivos estrictamente civiles, sin perjuicio de la responsabilidad que en el ámbito penal se podría declarar respecto de la demandada y sus administradores por sus conductas. Es decir, en el proceso penal lo que se discute es si se produjeron irregularidades contables o falsificaciones que puedan ser delito además de que hubieran dado lugar a la imagen de solvencia que se proyectó así como determinar quiénes son los responsables y cuál es el alcance de su responsabilidad penal. Independientemente de dicha responsabilidad penal lo que es objeto de este proceso es si el banco dio una imagen de solvencia que no era acorde con la realidad que indujo a algunos de sus clientes a suscribir acciones que no hubieran sido adquiridas de haber conocido que su situación económica financiera era tal que estaba abocado a ser intervenido por el Estado, como ocurrió meses después.

Y aunque el dolo, como vicio de la voluntad negocial, pueda venir determinado por una conducta insidiosa o maquinación maliciosa de tal entidad que pueda subsumirse en el art. 1270 del C.c., el dolo civil no exige que la conducta sea constitutiva de infracción penal. En este sentido la STS Civil de 3 de febrero de 1981 (RJ 1981/347) alude a que: “lo resuelto en la esfera penal sobre la declaración de responsabilidad y la imposición de la pena, no son en sí mismas condición o presupuesto de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá en rigor afirmarse que exista autoridad de cosa juzgada en este otro ámbito, sino que la vinculación del juez civil a la sentencia condenatoria se manifiesta en cuanto a la existencia

material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al debate civil cuando la controversia atañe a cuestiones distintas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, sentido en el cual enseña la Jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales civiles “en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga ...”. Todo ello nos obliga a rechazar este motivo del recurso.

QUINTO.- Como ya se expresó en sentencia de esta Audiencia Provincial Sección 14 de 13 de marzo de 2015, “No se comparte la argumentación de la apelante, cuando sostiene que no asume deber de asesoramiento por razón de haber firmado con la actora un simple contrato de depósito y administración de valores. Pues la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución. A tal efecto se considera que Bankia S.A., dirigió una recomendación personalizada a la demandante ofertándole la compra del producto. Así resulta del relato de hechos de la demanda, no negado en la contestación (art. 405.2 LEC), donde se relata cómo la directora de la sucursal en la que tenía cuenta aperturada el actor, requirió insistentemente a éste, ofertándole la adquisición de participaciones preferentes. En este sentido, el art. 63.1 g) L.M.V. declara que se considerarán servicios de inversión “el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”.

Corroborar la anterior conclusión lo declarado en S.T.S. de 20 de enero de 2014, de donde resulta que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. Declara dicha resolución que “Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), “(I) La cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4. Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que “se entenderá por recomendación personal una

recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público".

En el supuesto enjuiciado la demandada no ha negado el asesoramiento personalizado que obtuvo el actor de la gestora que le atendió en su oficina y que normalmente le aconsejaba qué productos financieros adquirir. Como resultado de dicho asesoramiento adquirió tanto las participaciones preferentes como las acciones. Además el test que se realiza de acuerdo con la normativa MIFID, se trata de un documento que en su mayoría utiliza terminología financiera. Por lo que debemos entender que solamente se ha intentado cubrir una formalidad sin indagar realmente los conocimientos que tuviera el cliente para poder valorar y comprender todos los riesgos y características del producto. Sobre el expresado Test de Conveniencia se declara, en Informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 17 de mayo de 2010, que "no se considera apropiado que evalúen los conocimientos y experiencia del cliente sobre los mercados financieros o la familia "renta fija" en general (preguntas 1, 2, y 4), en lugar de que el objeto de las preguntas sean las participaciones preferentes" y "no se considera apropiado que la entidad no coteje si el cliente conoce otros factores importantes que también influyen en la evolución de las participaciones preferentes, como su liquidez y el riesgo de crédito", y "la entidad debería además incluir el volumen de las transacciones sobre el instrumento financiero correspondiente, así como el nivel de estudios, profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes". Declara al respecto la S.T.S. de 20 de enero de 2014 que "(...) las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La Sala comparte con el Juez a quo que en el caso de autos concurrió tal asesoramiento pues la actuación de la demandada no fue una simple recomendación de carácter genérico y no personalizada que se realizase en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Por tanto, es de destacar que concurren los requisitos para que –según el RD 217/2008- exista "asesoramiento" en materia de inversión: tratarse de recomendación (no de mera información), realizada respecto a una operación relativa a instrumento financiero concreto, personalizada, efectuada no por canales de distribución dirigidos al público en general, y ser individualizada, tanto en el caso de las preferentes como en el de las acciones. A tal efecto se considera que Bankia S.A., dirigió una recomendación personalizada al demandante ofertándole la compra de los productos. Así resulta del relato de hechos de la demanda, no negado en la contestación donde se alega cómo la asesora de la sucursal en la que tenía cuenta aperturada el actor se dirigió a éste ofertándole la adquisición de participaciones preferentes, y las acciones.

SEXTO.- Sobre el error de vicio en el consentimiento que se regula en el art. 1266

C.c., existe, cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Además el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que hubieran dado motivo a celebrarlo, sobre el objeto o materia propia del contrato que hubiera sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Se contrata en base a determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas y 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. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquella, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error. 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.

Los hechos acreditados son demostrativos de que efectivamente estamos, en presencia de un error invalidante del consentimiento, que ha recaído sobre la sustancia de la cosa y que era verdadera y propiamente excusable. La doctrina jurisprudencial ha distinguido nítidamente, entre otras en la sentencia de 10 de abril de 2001, entre error (vicio de la voluntad regulado en el art. 1256 C.c.), que provoca la anulabilidad de los contratos y que únicamente puede ser instado por los obligados principales o subsidiariamente en virtud de ellos, y el error optativo “con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la

voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de los elementos esenciales. Como señala la STS de 21 de noviembre de 2012. Recurso nº 1729/2010: “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”.

SÉPTIMO.- El error padecido ha de recaer, como así ha sucedido en el caso presente, “sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato”; fue “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”; y excusable, en cuanto que no pudo ser evitado con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes (STS de 21 de noviembre de 2012). Este error fue propiciado por el incumplimiento por el Banco de las obligaciones legales de información y actuación que se han dejado reseñadas, así como la defectuosa e incompleta información proporcionada por Bankia, al demandante sobre las características y riesgos de las participaciones preferentes que suscribió dieron lugar a un error sustancial y excusable sobre la realidad del contrato, siendo ajustada a Derecho la anulación declarada por la sentencia de instancia (artículos 1265 y 1300 del Código civil), con las consiguientes consecuencias restitutorias que establece (artículo 1303 del mismo Código).

Respecto a la oferta de adquisición de acciones y en base a la documental aportada por el demandante y la demandada, así como a la existencia de hechos notorios que junto con el asesoramiento han producido el error en la demandante. Debemos estimar por tanto que igualmente existe el error y para ello haremos un breve y resumido relato de los hechos, necesario y suficiente para resolver lo que nos ocupa. Aclarando que los hechos notorios que utilizamos se permiten en el Art. 281.4 de la LEC al decir: “4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.”. A ellos alude la jurisprudencia del TS entre otras en: STS, Civil sección 1 del 12 de junio de 2007 (ROJ: STS 4444/2007) 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 de 20 de septiembre de 1988, 5 febrero de 2001, 30 de noviembre de 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.”.

Los hechos notorios son los que siguen:

- El 28 de junio de 2011 la Junta General de Accionistas del Consejo de Administración de BFA y posteriormente la Junta General de Accionistas del Consejo de Administración de Bankia adoptaron acuerdos para salida a bolsa de esta última mediante una OPS. Para lo cual se emitió un folleto registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 29 de junio de 2011. En él se indicaba que la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios del grupo correspondientes al trimestre cerrado al 31 de marzo salió efectivamente a bolsa el 20 de junio de 2011.
- En el mes de noviembre de 2011, Banco de Valencia filial de Bankia fue intervenida descubriéndose activos problemáticos de 3.995 millones de euros haciéndose cargo de la situación el fondo de reestructuración ordenada bancaria. A pesar de este acontecimiento, Bankia manifestaba que no tenía problemas de solvencia, según comunicado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 27 de octubre.
- El 8 de diciembre de 2011 European Bank Authority hizo públicos requerimientos porque la demandada necesitaba capital adicional ya que tenía activos problemáticos y necesitaba 1.329 millones de euros..
- El 30 de abril de 2012, expiraba el plazo que disponía para la presentación de las cuentas anuales y auditadas del ejercicio 2011, el 4 de mayo de 2012 fueron remitidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores sin auditar y en ella se reflejaba un beneficio de 304.748.000 euros.
- El 7 de mayo de 2012 el Presidente de la entidad demandada presentó su dimisión, dos días después el 9 de mayo, la entidad es intervenida a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria adquiriendo el 100% del BFA y el 45% de Bankia, comenzando un descenso continuado del valor de las acciones hasta que el día 25 de mayo de 2012, la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó la suspensión de la cotización de las acciones del banco.
- El 25 de mayo de 2012, Bankia comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la aprobación de unas nuevas cuentas anuales del ejercicio 2011 auditadas en las cuales se reflejaba unas pérdidas de 2.979 millones de euros frente a los 309 millones de beneficios declarados, y ese mismo día solicitó una inyección de 19.000 millones de euros para recapitalizar la entidad. El 25 de mayo de 2012 la CNMV suspendió la cotización de las acciones.
- El 4 de julio de 2012, el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional admitió a trámite la querrela interpuesta frente a la demandada.

De todo ello se deduce que a la salida a bolsa se consigue proyectar una imagen de

solvencia y beneficios que se reflejan en el folleto de emisión y sin embargo los hechos relatados nos hacen discrepar de ello. Está acreditada la existencia de problemas financieros reflejados en las cuentas finalmente presentadas en el año 2011 y auditadas, en relación con las primeras que no se pudieron auditar. Todo ello nos lleva a entender que dicha imagen que se transmitió para la comercialización de las acciones tanto a través del folleto como de las campañas de publicidad, no se correspondía con la realidad financiera y contable que tenía la entidad. Por todo ello y al margen de la responsabilidad penal que los imputados en la querrela puedan tener, no cabe duda que constituye un hecho notorio objetivo que Bankia, meses antes de la salida a bolsa y en ese momento dio una imagen de solvencia que no era acorde con la realidad lo que indujo a algunos de sus clientes asesorados por los empleados de la misma, a suscribir las acciones, acciones que en ningún momento hubieran comprado de haber conocido la realidad de la situación económico financiera que llevaría a que meses después la entidad fuera intervenida por el estado y provocara su exclusión de bolsa previa a la bajada del precio de las acciones. Cuando se asesoró al demandado ofertando la compra de las acciones como una inversión acertada se le presentó una imagen de la misma que luego resultó ser totalmente distinta a la real. Es claramente diferente que al comprar una acción se acepte el riesgo de oscilación de la cotización y otra distinta que se elabore el folleto informativo con datos que finalmente resultan erróneos y proyectando una imagen que claramente no se correspondía con la realidad y que fue la que indujo al demandado a prestar su consentimiento a la hora de comprar las acciones. Se tomó una decisión en base a unos datos que después se demostró no eran los reales, asesorado por el Banco y que provocó el vicio en el consentimiento. El Banco se limita a negar que dio esa imagen alegando que se exigen conocimientos técnicos, económicos y jurídicos para apreciar la diferencia. Todo ello hubiera podido probarlo por medio de dichos informes que acreditaran que la imagen que dio se correspondía con los datos después auditados, de forma que pudiera desmentir los hechos notorios por dicha información financiera.

OCTAVO.- En lo que se refiere a las participaciones preferentes, según las define el Banco de España, son un instrumento de deuda emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y su plazo es ilimitado, aunque el emisor se reserva el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades financieras, el Banco de España).

Su regularización legal está contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se traspone a nuestro derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 16 de septiembre de 2009. Y Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de Reestructuración y Resoluciones de Entidades de Crédito.

b) Son emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de

paraíso fiscal.

c) Las condiciones de emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones, la cual no es acumulativa y está condicionada a la obtención de beneficios suficientes o reservas distribuibles por parte de una entidad distinta de la emisora, que actúa como garante. Su rentabilidad no es automática ni está garantizada.

El Consejo de Administración de la entidad emisora o matriz podrá cancelar discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período limitado.

El pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de emisión, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste.

d) No otorga a sus titulares derechos políticos respecto de la entidad emisora por lo que no pueden influir en su gestión, salvo en los casos excepcionales en que se establezcan en las condiciones de emisión.

e) No confiere derecho de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

f) Tiene carácter perpetuo. Característica imprescindible para que contablemente puedan computar las participaciones como recurso propio, aunque la entidad emisora se reserve la posibilidad de amortizar la emisión transcurridos al menos cinco años desde su desembolso, a su conveniencia. No atribuye por tanto derecho a la restitución de su valor nominal, ni derecho de crédito contra la entidad emisora por el que su titular pueda exigir a ésta la restitución del valor invertido en ella.

g) Es de liquidez limitada, pues solo puede obtenerse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotice, que constituye el único medio de recuperación del nominal de la participación o de una parte de él. Por lo que ésta, lejos de ser un valor, pasa a convertirse en un instrumento de inversión de máximo riesgo carente de rentabilidad, liquidez, y seguridad, induciendo a engaño su incorrecta denominación, que no otorga preferencia alguna a la inversión sino todo lo contrario.

h) No disfruta de la garantía de los depósitos, pues en los supuestos de liquidación o disolución u otros análogos, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, dentro del orden de prelación de créditos se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y solo están por delante de las acciones ordinarias.

i) Es un producto complejo con un alto nivel de riesgo. Viene a ser un valor de capital cautivo al estar desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora, que permitiera a su titular participar en el control del riesgo asumido, puesto que carece de voz y de voto en el seno de la sociedad, del derecho de información y de suscripción preferente.

La Ley del Mercado de Valores –artículo 79 bis, 8º, letra a- considera como valores no complejos a los típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas o valores

ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento. Además considera Valores no complejos aquellos en los que concurran las siguientes condiciones: 1.- Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles en el mercado; 2.- Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; 3.- Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características y que ésta es comprensible, de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decir si realiza una operación en ese instrumento.

De forma que, según la misma Ley de Mercado de Valores (artículo 79 bis), la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

De obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

En el caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

A la vista de la prueba aportada en cuya valoración no es de apreciar error alguno por parte del Juzgador de Instancia, se infieren dos conclusiones esenciales. Una, el asesoramiento efectuado por la entidad bancaria. Y dos, la inexistencia de una información precontractual clara, cabal, veraz y reposada, que no es verosímil que se prestara cuando en un mismo acto, en la oficina de la entidad bancaria, y sin posibilidad de consultar con terceros las características y el contenido del producto objeto de la suscripción, se le puso a la firma, previa su hipotética pero inviable lectura y menos para una persona poco avezada

en la materia y los hechos notorios que provocaron un error que origina vicio del consentimiento, todo ello nos lleva a rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se impondrán a la apelante las costas procesales generadas por el recurso y no procede en ningún caso de acuerdo con el art. 394 LEC modificar las de la Instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankia S.A., contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Alcorcón, en los autos de juicio ordinario nº [REDACTED] a que este rollo se contrae, resolución que confirmamos, condenando a la apelante al pago de las costas procesales causadas por el recurso.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a