



224/15 164/15

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 3
GETAFE**

8780

AVDA. JUAN CARLOS I S/N SECTOR III (JUNTO EDIFICIO CORREOS)

55971

N.I.G.: 28065 1 4004184 /2015

Procedimiento: JUICIO VERBAL 404 /2015

Sobre OTRAS MATERIAS CONCURSALES

De D/ña. :

Procurador/a Sr/a. ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA, ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA

Contra D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

SENTENCIA Nº 437/2015

En GETAFE, a dieciocho de noviembre de dos mil quince.

El Sr. DON LUIS CARLOS DE ISIDRO Y DE PABLO Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia NÚM. TRES de GETAFE, habiendo visto los autos de Juicio Verbal seguidos en este Juzgado al número 404/2015 a instancia de

y quienes actúan en representación de la menor sobre la cual tienen la patria potestad, mayores de edad, vecinos (Madrid), con domicilio en

nº asistidos por el Letrado DON MIGUEL ANGEL MORA GOMEZ y representados por la procuradora DOÑA ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA, contra BANKIA SA, con domicilio social en Valencia, Paseo de Pintor Sorolla número 8, representada por el Procurador DON MANUEL LANCHARS PERLADO y asistida por la Letrada DOÑA FATIMA ADAN RUIZ, en ejercicio de acción de anulabilidad contractual cuya cuantía total asciende a 6.000 euros, por error en el consentimiento por negligencia y dolo y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Doña Isabel Soberon García de Enterría, en la representación indicada, se presentó en fecha 26 de mayo de 2015, demanda de Juicio Verbal contra BANKIA, S.A., que fue repartida por Decanato y turnada a este Juzgado, y en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y que se dan por reproducidos, debiendo dictar Sentencia por la que se acuerde:

"1. Declarar la nulidad del contrato bancario de suscripción adquisición de 1.600 acciones de nueva emisión de BANKIA, S.A. (subtramo minorista), en fecha 7 de julio de 2011, por importe



de 6.000 euros y con número de orden 411188144433541 otorgada con la entidad demandada. 2. Condenar a la demandada al reintegro de la cantidad de dicha suscripción por impute de SEIS MIL (6.000,00 euros), más los intereses legales que crespandan, así como también. 3. Condenar expresamente al pago de las costas devengadas en el presente procedimiento a la parte demandada".

SEGUNDO.- La referida demanda fue admitida a trámite, mediante Decreto de 3 de Julio de 2015, en el que se acordó dar traslado de la demanda y documentos de la misma a la demandada y se convocó a los litigantes a la celebración del juicio legalmente previsto para el día 17 de noviembre de 2015, a las 13:00 horas.

Al juicio asistieron todas las partes legalmente representadas y asistidas. En el curso del mismo se ratificó la actora en sus pretensiones, oponiéndose la demandada para alegar con carácter previo la existencia de prejudicialidad penal en relación al procedimiento de Diligencias Previas nº 59/2012 seguido ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 solicitando la suspensión del procedimiento, de la cual se dio traslado a la parte actora, desestimándose la misma por existencia de documento falso y por la posible dependencia del procedimiento civil respecto de las diligencias investigadas penalmente, formulando la parte proponente recurso, igualmente desestimado con imposición de costas a la mercantil BANKIA S.A. Y en cuanto al fondo del asunto alegó que el perfil de la actora es el de minorista conocedor del funcionamiento de las acciones, producto de clara conceptualización, igualmente que se dio la información sobre el producto previamente por Bankia puesto que se entregó el Tríptico de la Oferta Pública de Suscripción de acciones y que la situación de la entidad reflejada en el citado Tríptico o Folleto era contablemente correcta de tal forma que el hoy actor acepto la evolución normal de las acciones de entidades mercantiles y el riesgo de perdidas, manteniendo las acciones pese a que pudieran venderlas. Por todo ello concluía que no existía el requisito subjetivo del error, no siendo además el error excusable en atención a la información facilitada por Bankia al tiempo de la compra, sin que exista causa entre esta y el supuesto error padecido imputable en todo caso a la actora. Por lo que debía desestimarse la demanda totalmente con condena en costas a la actora.

Ambas partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y una vez realizado este trámite, ambos litigantes propusieron la prueba que tuvieron por conveniente, consistiendo por ambas en la documental. La práctica de la prueba arrojó el resultado que consta en el acta levantada al efecto y en soporte audiovisual, tras de lo cual, quedaron los Autos conclusos para dictar sentencia, sin más trámite, habiéndose registrado la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del

sonido y de la imagen, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todos los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora con carácter principal acción de anulabilidad por error en el consentimiento de la parte actora en el contrato de suscripción de valores de Bankia celebrado entre DOÑA ALICIA HERNANDEZ HERNANDEZ y DON JACINTO MORA GOMEZ como legales representantes de DOÑA SANDRA MORA HERNANDEZ, con Bankia con fecha de 7 de julio de 2011 y a fecha valor de 19 de julio del mismo año bajo número de orden 411188144433541 por valor de 6.000,00 euros, esto es, 1.600 títulos integrados en la OPS por un valor de 3,75 euros cada uno de ellos.

Como fundamento de dicha acción, alega que la demandante no recibió una información veraz de los representantes de la entidad BANKIA sobre la situación financiera de la entidad puesto que los estados contables del folleto informativo no reflejaban la imagen fiel de la entidad, de forma que el precio de la acción hubiera sido en realidad muy inferior, siendo la publicidad de Bankia engañosa pues exageró su solvencia y la información facilitada por los empleados de la entidad insuficiente, pues se decía que el precio de la acción en la oferta era muy inferior a su valor real, ocultando que ello podía deberse a que los inversores desconfiaban del valor de los activos y pasivos plasmados en las cuentas de la entidad.

Frente a dicha acción, la parte demandada se opuso alegando con carácter previo la existencia de prejudicialidad penal y en cuanto al fondo alegando, en esencia, que la parte demandante pretende desligarse unilateralmente de un contrato que ha dejado de resultarle ventajoso por circunstancias del mercado, pues la imagen de la entidad era real (documentos n° 4,5 y 6, aportados con la contestación a la demanda), siendo lo cierto que la actora, accedió a la compra de este producto previa suscripción de toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente, negando que personal de Bankia le indicara que era una operación plenamente segura. Asimismo añaden que Bankia cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente requeridas, entregando a la demandante toda la documentación informativa exigida, constando suscrita por ella misma la Orden de Valores (doc. N° 2 de la demanda), la entrega del Folleto Resumen de la OPS (doc. n° 9 de la contestación a la demanda y el Test de Conveniencia (doc. n° 10 de la contestación a la demanda).

Se alega por otra parte que las acciones de Bankia no constituyen un producto complejo, lo que unido a la información veraz facilitada sobre la solvencia de la entidad y a la posibilidad de venta inmediata del producto por la adquirente, sin que lo hayan llevado a efecto, excluye la existencia de un error en el contrato, no probándose el requisito subjetivo del mismo, ni tampoco que fuera excusable o que la causa del mismo fuera la deficiente información facilitada, por lo que debía desestimarse la demanda completamente.

SEGUNDO.- Hemos de dejar constancia, en primer término, por escrito, del contenido y razonamiento de la resolución recaída verbalmente en juicio sobre la pretensión de la demandada Bankia SA de paralización inmediata del procedimiento por la existencia de una cuestión prejudicial penal. Se fundaba la misma en la tramitación ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de las Diligencias Previas nº 59/2012, hecho reconocido por la propia actora, incoadas por auto de 4-7-2012 en virtud de querrela presentada por Unión, Progreso y Democracia (UP y D), contra Bankia SA, Banco Financiero y de Ahorros S.A (BFA S.A) y los señores consejeros de dichas entidades y que según el citado auto (bloque documental N° 1b de la contestación a la demanda), se sigue por la "posible comisión de un delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances" (pág. 32) ya que se había pasado en el balance " en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance"(ibídem). Diligencias Previas en las que por providencia de 4-2-13 (bloque documental N°2c) de la contestación a la demanda), también conocido, se acuerda la práctica de prueba pericial respecto de las cuentas de la entidad presentada en 2011 y 2012 y la situación de la misma contable en marzo de 2011.

Para resolver la cuestión ya aludimos a la falta de concreción por la Entidad demandada de la causa de la prejudicialidad imprescindible a la hora de determinar el defecto procesal de la misma en el pleito civil. Así la existencia de "causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil" (art. 40.2.1ª de la LEC), o cuando la " decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil", (art. 40.2.2ª LEC), tiene como efecto la suspensión mediante auto del proceso civil una vez " que esté pendiente solo de sentencia"(art. 40.3 de la LEC), mientras que si se apreciase la "existencia de un delito de falsedad en alguno de los documentos presentados, se acordará

sin esperar a la conclusión del procedimiento, cuando a juicio del tribunal, el documento pueda ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto".

A esta última circunstancia se remite la alegación de prejudicialidad penal planteada por la representación procesal de Bankia S.A, siendo, el resultado que persigue el de, la suspensión inmediata de la causa civil. Nada se dice en concreto sobre el documento supuestamente falso o sobre su carácter decisivo en el procedimiento civil y por ello, en juicio y con carácter previo ya se desestimó la causa, sin que la parte proponente hiciera nuevo razonamiento al recurrir la resolución, lo que hace innecesario incidir sobre ella.

A aquellas circunstancias se remite la alegación de prejudicialidad penal planteada por la representación procesal de Bankia S.A, siendo, el resultado que persigue el de la suspensión de la causa civil cuando esta quedare para sentencia. Debe desestimarse la petición según ya se hizo verbalmente. Aquí y frente a la resolución verbal, la representación procesal de Bankia asumió la misma. En cualquier caso fijadas ya las posiciones de las partes en este procedimiento y específicamente el contenido de la pretensión de la actora, según ya resumimos, y el contenido del procedimiento penal de D. Previas nº 59/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional hay que reconocer que este juzgador no desconoce la existencia de resoluciones contradictorias sobre la cuestión, específicamente entre las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, pero tampoco que parece consolidarse una línea jurisprudencial de procedimientos contrarios a la existencia de tal prejudicialidad entre nuestras Audiencias Provinciales, sostenida básicamente en la diferencia entre la pretensión civil se actúa en esta vía y la cuestión penal investigada ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional. Se sostienen como principios inspiradores de la solución los siguientes: 1º) El carácter restrictivo de la prejudicialidad penal según la regulación de la misma en la LEC (art. 40), LOPJ (art. 10) y L.E.Crim. (art. 114), que precisa que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito. 2º) La existencia de hechos notorios en el caso aplicables por disposición del art. 281.4 de la LEC relativos a la falta de imagen fiel de la Entidad en las cuentas de Bankia que se utilizaron en el Folleto Resumen de la OPS de acciones de Bankia de forma que "siendo esta apariencia de solvencia y fiabilidad de la suscripción de acciones lo que según el demandante le indujo a comprar acciones a un determinado precio el día 19-07-2011... no es precisa que recaiga sentencia en el orden penal que declare que las cuentas presentadas eran falsas, ni quienes sean sus autores y cuales sus responsabilidades penales o civiles"(Auto A.P Valencia de 1-12-2014, Rec.496/2014). 3º) El contenido mismo de la pretensión del proceso civil que se fundamenta en

la anulabilidad contractual por vicio, por dolo o error, en el contrato, en el caso que nosotros enjuiciamos, error. Es decir, el ejercicio de una nulidad del art. 1265 del C.Civil, que incluso en caso de dolo se sustenta en una conducta inveraz o en maquinaciones maliciosas que no precisan de contenido penal, sino meramente civil (ex art. 1270 C.Civil). Así interesa determinar si la entidad Bankia facilitó una información veraz, suficiente y clara sobre su situación financiera y contable al momento de la OPS; 4º) La necesidad de una conexión entre la decisión en el proceso civil y el proceso penal, que este determine el sentido de la resolución civil, no presente en los casos enjuiciados jurisprudencialmente y tampoco en el de autos.

Estos principios son los que hacemos nuestros para determinar que no existe en este supuesto la cuestión de prejudicialidad penal que se plantea y no procede la suspensión del mismo al momento de dictar sentencia, puesto que la acción ejercitada es enteramente civil sin necesidad de que descansa la resolución en la existencia de delito de falsedad en las cuentas, basado a estos efectos en que se pruebe la existencia de una información inveraz sobre la situación patrimonial de la entidad que haya inducido a la adquisición de las acciones, un error o dolo civil, y excluyendo así la paralización del procedimiento civil y el grave quebranto que su sumisión al curso del procedimiento penal pudiera ocasionar a las partes. Así son de traer aquí los razonamientos que hacemos nuestros contenidos en resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, Auto de 1 Dic. 2014, Rec. 496/2014: "La prejudicialidad penal en la jurisdicción civil se recoge en los siguientes:

Artículo 10 LOPJ (LA LEY 1694/1985):

"1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca."

Artículo 114 Lecrim. (LA LEY 1/1882)

"Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales, delito o falta. "

Artículo 40 Lec (LA LEY 58/2000).

Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

1ª 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.

2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.

4. No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

5. En el caso a que se refiere el apartado anterior no se acordará por el Tribunal la suspensión, o se alzarán por el Secretario judicial la que aquél hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él. Hecha la renuncia, se ordenará por el Secretario judicial que el documento sea separado de los autos.

6. Las suspensiones a que se refiere este artículo se alzarán por el Secretario judicial cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación.

7. Si la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes. "

La exposición de Motivos de la Lec dice sobre ello:

"En esta Ley, la prejudicialidad es, en primer término, objeto de una regulación unitaria, en lugar de las normas dispersas e imprecisas contenidas en la Ley de 1881. Pero, además, por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal.

Así, pues, hace falta algo más que una querrela admitida o una denuncia no archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil. Mas, si concurren todos los elementos referidos, dicho proceso no se suspende hasta que sólo se encuentre pendiente de sentencia. Únicamente determina una suspensión inmediata el caso especial de la falsedad penal de un documento aportado al proceso civil, siempre que tal documento pueda ser determinante del sentido del fallo.

Para culminar un tratamiento más racional de la prejudicialidad penal, que, al mismo tiempo, evite indebidas paralizaciones o retrasos del proceso penal mediante querrelas o denuncias infundadas, se establece expresamente la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de la dilación suspensiva si la sentencia penal declarase ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad.

Se prevé, además, el planteamiento de cuestiones prejudiciales no penales con posibles efectos suspensivos y vinculantes, cuando las partes del proceso civil se muestren conformes con dichos efectos. Y, finalmente, se admite también la prejudicialidad civil, con efectos suspensivos, si no cabe la acumulación de procesos o uno de los procesos se encuentra próximo a su terminación. "

Conforme a lo anterior la prejudicialidad penal como causa de suspensión del proceso civil exige:

- se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio.
- 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.
- la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En este caso el proceso civil se tramita hasta el momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia.

Pero también cabe la suspensión en cualquier momento sin esperar a la conclusión del procedimiento cuando:

- concurre la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados
- se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito
- a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

Igualmente hay que tener en cuenta que la prejudicialidad debe ser interpretada con carácter restrictivo, de tal manera que solo se acceda a la suspensión cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal sin que haya lugar a apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo por la resolución penal. Así la STS Sala 1ª de 30 mayo 2007:

" El art. 362 LEC (LA LEY 58/2000) establece una norma de prejudicialidad penal, que es siempre devolutiva (Art. 10.2 LOPJ (LA LEY 1694/1985)), pero, que aparte de ser de interpretación restrictiva (S. 11 jun. 1992). exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito (Auto 24 nov. 1998, SS. 30 sept. 1940, 3 abril 1954, 10 mayo 1985 entre otras). El fundamento no es exclusivo cuando la resolución civil no depende de la decisión venal (SS. 11 junio 1992 y 7 julio 1995 -que dice "la acción impugnatoria de determinados acuerdos sociales, que es la ejercitada en el caso (y lo mismo ocurre en el presente proceso), puede resolverse perfectamente al no encontrarse condicionado o supeditado su fallo, a la suerte que hubiera de correr el penal entablado o el posible a entablar ya que, en ningún caso, la sentencia en el civil habría de fundarse en la existencia de un delito"-); y, por ello, cuando se pretende obtener la suspensión, para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil (A. 24 nov. 1998), pues sólo obliga a suspender la "exclusividad" expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil (S. 10 mayo 1985).

TERCERO. - En base a la documental aportada por el demandante y que la demandada ha asumido, a la propia documental de ésta, así como a la existencia de hechos notorios que no necesitan prueba, podemos efectuar un indiciario, breve y resumido relato de 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 (LA LEY 58/2000) 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, 20 sept. 1988, 5 feb. 2001, 30 nov. 2004), y así lo establece la LEC 2000 en el art. 281.4 (LA LEY 58/2000)- "no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"-.

- STS, Civil sección 1 del 26 de abril de 2013 (ROJ: STS 2247/2013).

Este relato resumido sería en esencia:

1º.- Con fecha de 28 de junio de 2011 la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFA y, posteriormente, la Junta General de Accionistas 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 y Admisión de Negociación de Acciones (OPS).

2º.- Para ello confeccionó un tríptico publicitario (doc. 3.1) y emitió un "Folleto Informativo" de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia S.A. (doc. 3.2) registrado en la CNMV en fecha 29 de junio de 2011, presentando la operación como un reforzamiento de los recursos propios, a fin de realizar una "aplicación adelantada" de nuevos y exigentes estándares internacionales, que contribuiría a potenciar el prestigio de la entidad. En el propio Folleto se indicaba que, debido a la reciente integración de las distintas Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios resumidos de "Grupo Bankia" correspondiente al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011.

3º.- Bankia salió efectivamente a bolsa el día 20-7-2011, emitiendo 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros (en total 3,75 euros por acción), siendo la inversión mínima exigida de 1.000 euros. Implicaba una ampliación del capital de 1.649 millones de euros con una prima de emisión de 1.442 millones de euros.

4º.- Ese mismo día, 20-7-2011, el presidente de Bankia, Sr. Blas, efectuó un discurso en la Bolsa de Madrid afirmando que "estar hoy aquí es, en sí mismo, todo un éxito". Subrayó que "la salida al mercado de Bankia se ha considerado un punto de referencia del sector bancario español y, tras dar las gracias a "los 347.000 nuevos accionistas de Bankia y a los 11

millones de personas que siguen depositando su confianza en nosotros", manifestó que "la salida a Bolsa es una decisión estratégica porque hace más fuerte a nuestra entidad y consolida su papel de liderazgo en la banca universal española". A continuación, el Sr. Blas se refirió a que BANKIA tenía "unas premisas de gestión muy claras, centradas en la solvencia, la gestión rigurosa de riesgos en todas las fases del ciclo y la eficiencia y austeridad de costes". Y añadió que "así es como Bankia pretende crecer y crear rentabilidad de forma sostenible y esto se traducirá en valor para nuestros nuevos accionistas". Respecto a las premisas con las que partía Bankia, hizo referencia a que "la solvencia, el talento, una gestión rigurosa de riesgos y una política eficiente en los costes" eran las bases sobre las que partía la nueva andadura de la entidad financiera, que contaba con un posicionamiento "de primer nivel", una cuota de mercado del 10% y 281 mil millones de activos, "suficientes para acceder a los mercados financieros internacionales". Este discurso fue ampliamente difundido en la prensa, radio, y en diferentes cadenas de TV.

5º.- En fecha 21-11- 2011 el Consejo de Administración de Banco de Valencia, S.A, filial de Bankia, solicitó la intervención del Banco de España, lo que se llevó a cabo, descubriéndose activos problemáticos por importe de 3.995 millones de euros (el 18,5% del total), pasando así a ser el primer banco nacionalizado de los varios que lo serían después. Pasó a ser administrado por el FROB con el objetivo de estabilizarlo y recapitalizarlo y hacer posible una posterior enajenación a otra entidad mediante un proceso competitivo.

6º.- El 8-12-2011, la EBA (European Banking Authority) comunicó a través del Banco de España que las necesidades adicionales de capital para el "Grupo Bankia" se situaban en 1.329 millones de euros sobre datos de septiembre de 2011.que debían ser cubiertos a finales de junio de 2012. Atendiendo a dicha solicitud el 20-1-2012 el "Grupo BANKIA-BFA" presentó un Plan de Capitalización al Banco de España, previa su aprobación por el consejo de administración de BFA. En dicho Plan se recogían las medidas de capital que iba a adoptar el "Grupo" para cubrir las necesidad de capital identificadas, que incluían la conversión de las participaciones preferentes del FROB en instrumentos de capital y otras medidas como la venta de activos no estratégicos y mejoras de los activos ponderados por riesgo.

7º.- No obstante, el mensaje que se seguía trasladando por Bankia y por el BFA a los inversores era de máxima tranquilidad. En el Hecho relevante comunicado por BFA a la CNMV el día 8-12-2011, expresamente se indicaba que la reciente ampliación de capital, con una captación de recursos de 3.092 millones de euros, hacía que la entidad se encontrara en un "cómoda situación de solvencia"

8º.- Una vez pasado ya el plazo legal de presentación de las cuentas anuales aprobadas y auditadas por BANKIA y por

BFA, Bankia procedió el 4-5-2012 a remitir a la CNMV las "Cuentas Anuales Individuales" correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011 y las "Cuentas Anuales Consolidadas" de dicho ejercicio, pero sin auditar y a través de un "hecho relevante". En las citadas cuentas anuales se incluía, un beneficio de 305 millones de euros (304,748 euros exactamente) o bien un beneficio de 309 millones considerando que las denominadas cuentas "pro forma", contemplan diversos ajustes realizados en el perímetro de negocio final. Dichos resultados eran, aparentemente, coherentes y consistentes con los resultados contables publicados de cara a la salida a bolsa e incluso con los resultados que la propia BANKIA había difundido respecto del tercer trimestre del ejercicio 2011, en los que la citada entidad informaba que el resultado atribuido al Grupo acumulaba 295 millones de euros en septiembre de ese año.

9º.- El día 7-5-2012, el entonces presidente de la entidad, dimitió y comunicó su intención de proponer a la Junta de BFA la designación del Sr. Gonzalo, reiterando la confianza en la fortaleza de la entidad.

10º.- Dos días después, el día 9-5-2012, ya nombrado el Sr. Gonzalo, éste pidió la intervención del BFA a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que adquirió el 100% de BFA y el 45 % de Bankia.

11º.- A pesar de la toma de control por parte del FROB y la renovación del equipo directivo de la entidad, la cotización de BANKIA seguía en caída, llegando a perder por momentos más de un 30 % el día 17 de mayo.

12º.- El día 25-5-2012, Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de unas nuevas cuentas Anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas, en las cuales se reflejaban unas pérdidas de 2.979 millones de euros, frente a los 309 millones de beneficio declarados, y sin auditar, apenas 20 días antes.

A la vista de la incertidumbre generada por estas nuevas cuentas y la caída de la cotización, a primera hora del viernes 25-5-2012 la CNMV suspendió la cotización de las acciones de BANKIA a petición de la propia entidad (el día anterior había cerrado a 1,57 euros, menos de la mitad del precio de salida que fueron 3,75 euros por acción, el 20-7-2011).

En la tarde del mismo día Bankia solicitó una inyección de 19.000 millones de euros para recapitalizar BFA, matriz de BANKIA (de los que 12.000 serán para esa entidad). Estos 19.000 millones sumados a los 4.465 millones ya concedidos, ofrecían la cantidad de total de 23.465 millones de fondos públicos, convirtiendo este recate en el mayor de la historia de España y uno de los mayores de Europa. Esos 4.465 millones de euros citados, eran el importe de participaciones preferentes que el FROB había suscrito y desembolsado en diciembre de 2010 cuando se creó el BFA y este aprobó la emisión de participaciones preferentes por tal importe, que después pasó a Bankia en mayo de 2011 autorizándose por el FROB que se convirtiesen en capital.

13º.- El partido político Unión Progreso y Democracia (UPyD), presentó una querrela frente a la mercantil Bankia S A. y al Banco Financiero de Ahorros S A. (BFA), y los consejeros de dichas entidades, que fue turnada al Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, que incoó por Auto de fecha 4-7-2012 las Diligencias Previas número 59 / 2012.

La querellante explicitando las diferentes conductas denunciaba la comisión de diversos delitos por los querellados:

- delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances del artículo 290 del código Penal (LA LEY 3996/1995),
- delito de administración desleal o fraudulenta del art. 295 del CP (LA LEY 3996/1995),
- delito maquinación para alterar el precio de las cosas del artículo 284 del Código Penal (LA LEY 3996/1995),
- delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal Del Auto de incoación conviene destacar: la letra C) del Razonamiento Jurídico Tercero:

C) Por lo que se refiere a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 de la L.E.Crim. (LA LEY 1/1882) ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda "no constituyan delito". La valoración de si tienen significación penal no puede hacerse sino en función de los hechos como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

En el presente caso, la querrela describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA S.A., que ha ido creciendo progresivamente en breve periodo de tiempo, pasando su balance en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance. Tales hechos derivan del proceso de fusión de CAJA MADRID, CAJA DE ÁVILA, BANCAJA, CAJA DE CANARIAS, CAIXA LAIETANA, CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA que, a través de la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) dio origen a la constitución del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS (BFA), único accionista de BANKIA, que salió a bolsa el 20 de julio de 2011 mediante una oferta pública de suscripción (OPS).

De esta forma, se denuncia, en primer lugar, la posible comisión de un delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances.

Dicho delito se tipifica en el artículo 290 del código Penal (LA LEY 3996/1995), que castiga a "Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un

perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior".

La conducta típica del artículo 290 se concreta en la acción o comportamiento que consiste en alterar o no reflejar en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, tanto plasmando datos falsos como omitiendo otros verdaderos. De este modo, se incluyen en su ámbito tanto las conductas positivas, ya sea mintiendo, alterando o no reflejando la situación real de la entidad como las omisivas, es decir, ocultando datos cuya presencia es imprescindible para el reflejo exacto de la situación jurídica o económica de la sociedad, de acuerdo al mandato que la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) impone al administrador.

En el supuesto que nos ocupa, se viene a denunciar que los consejeros de BANKIA y BFA distorsionaron las cuentas de ambas entidades, a fin de dar la impresión o crear la ficción de que su situación patrimonial era mejor que la realmente existente, lo cual les sirvió para mejorar los distintos ratios de solvencia y ganarse la confianza de los inversores en la salida a bolsa y en la subsiguiente cotización.

En segundo lugar, se califican los hechos como presuntamente constitutivos del delito de administración desleal o fraudulenta.

El artículo 295 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, a:

"Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren."

Como jurisprudencialmente ha sido asentado (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 y de 7 de junio de 2006) el bien jurídico protegido por el artículo 295 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) es doble:

- 1º) El individual, formado por el concreto patrimonio social; y
- 2º) El colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.

En el presente caso, el escrito de querrela describe y documenta la existencia de un perjuicio económicamente evaluable a todos y cada uno de los accionistas de BANKIA, debido a la denunciada disposición fraudulenta de los bienes

de la Sociedad realizada mediante una gestión social en la que habría prevalecido el favor político al rendimiento económico, mediante una serie interminable de ruinosas inversiones, que a la postre provocaron la descapitalización de la Sociedad, que los propios consejeros se habrían ocupado de ocultar mediante diversas técnicas de manipulación contable que son objeto de denuncia y que deberán ser convenientemente comprobadas en la instrucción judicial.

El tercero de los delitos denunciados es el de maquinación para alterar el precio de las cosas, infracción que contempla y castiga el artículo 284 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) al disponer que "Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador."

De esta forma, en el escrito de querrela se denuncia que los Consejeros, directivos y gestores de BANKIA elaboraron y difundieron diversa documentación, tanto contable como meramente informativa, que arrojaba una imagen de la Sociedad absolutamente irreal, presentando a la misma como acreedora de una solvencia de la que carecía, con la finalidad de poder salir a bolsa y obtener financiación del mercado en primer lugar y, posteriormente, intentando mantener a toda costa el precio de cotización y los ratios de solvencia para lo cual no dudaron en manipular la información existente y, por ende, al

propio mercado, alterando el correcto funcionamiento del sistema económico.

El cuarto de los delitos que se pone de manifiesto en la querrela como presuntamente cometidos y objeto de la presente causa es el de apropiación indebida y administración desleal en relación a las prejubilaciones y blindajes auto-concedidos por los Consejeros de las Cajas.

El artículo 252 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) sanciona con las penas previstas en los artículos 249 ó 250 a:

"Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores, o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable."

De esta forma, para apreciar dicha infracción se requiere:

- a) Que el sujeto activo se halle en posesión legítima del dinero o efectos. o cualquier otra clase de cosa mueble.
- b) Sujeto pasivo será el dueño o titular de éstos, que voluntariamente accedió o autorizó para que el primero los percibiese, si bien con la provisionalidad o temporalidad determinada por la relación o concierto base que mediara entre ambos.
- c) En cuanto al título determinante de la primigenia posesión o tenencia, con claro signo de «numerus apertus», se viene estimando como propio cualquier acto o negocio jurídico que origine la entrega al sujeto activo del objeto en cuestión y del que se derive la obligación de su puesta a disposición o devolución al último y verdadero destinatario de aquél.
- d) Aprovechamiento abusivo por parte del agente de la confianza latente en el acto negociador base.
- e) Doble resultado, de enriquecimiento respecto del sujeto activo, y de empobrecimiento o perjuicio patrimonial del agraviado.
- j) Animo de lucro.

A los hechos denunciados deberán ser de aplicación el delito referente a la apropiación indebida en su vertiente de administración desleal (artículo 252 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), pudiendo conducir a la existencia de responsabilidad penal por la concurrencia de los requisitos exigidos cumulativamente en la definición del tipo penal.

De esta manera, se denuncia una la grosera infracción de los deberes de transparencia, fidelidad y lealtad, que implica la consecuente contravención de los principios en los que estos se concretan; dichos acuerdos, y dichas conductas, deberán ser objeto de investigación, a fin de determinar si las mismas tienen relevancia penal. "

"En el presente caso, la querrela describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA S.A., que ha ido creciendo progresivamente en breve periodo de tiempo, pasando su balance

en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance. Tales hechos derivan del proceso de fusión de CAJA MADRID, CAJA DE ÁVILA, BANCAJA, CAJA DE CANARIAS, CAIXA LAIETANA, CAJA SEGO VIA y CAJA RIOJA que, a través de la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) dio origen a la constitución del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS (BFA), único accionista de BANKIA, que salió a bolsa el 20 de julio de 2011 mediante una oferta pública de suscripción (OPS). "

Su Razonamiento Jurídico Segundo:

"SEGUNDO.- Procede, igualmente, declarar la competencia de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y por ende, de este Juzgado Central de Instrucción para conocer de la instrucción y, en su caso, posterior enjuiciamiento de tales hechos, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 65, 1, letra c) de la L.O.P.J. (LA LEY 1694/1985), al establecer la competencia de este Tribunal para los supuestos de defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, siendo conocida la interpretación jurisprudencial que de este artículo se ha formulado, en el sentido de que el término defraudación ha de ser interpretado desde un punto de vista material y no formal, como "conductas que causan daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso del derecho penalmente tipificados (ATS 22/04/99, 22/05/04 y 17/01/05), siendo así que las conductas descritas en el escrito de querrela, de tener relevancia penal, encajarían plenamente en este concepto material de "defraudación", y las mismas habrían producido, o podido producir, una grave repercusión en la economía nacional así como perjuicio a una generalidad de personas en territorio de más de una Audiencia, al tratarse, BANKIA, de una entidad de suma relevancia en el sistema financiero español, al tratarse del 4º banco más grande de España en volumen de activos, con más de 11 millones de clientes, con un volumen de negocio que superaba los 485.000 millones de euros y un negocio crediticio de más de 186.000 millones de euros a 31 de diciembre de 2011, de forma y manera que la quiebra del mismo, por su tamaño, su complejidad, actividades transnacionales e interconexiones con el resto del sistema financiero podría desestabilizar todo el sistema financiero del país. De esta forma, el FROB, en cumplimiento del Real Decreto sobre Saneamiento y Venta de los Activos Inmobiliarios del Sector Financiero de fecha 11 de mayo de 2012, ha inyectado hasta 4.465 millones de euros de dinero público procedentes del préstamo que el mismo FROB concedió en su día a esa entidad y que se convertirán en acciones de BANKIA al no poder ser

devueltos. La magnitud del perjuicio generado se plasma en el hecho de que la dirección de BANKIA haya solicitado la suma de 19.000 millones de euros para poder acometer un plan de saneamiento y de recapitalización del grupo financiero. El coste inicial para el erario público por el saneamiento y capitalización del Grupo BFA-BANKIA ascendería, por tanto, en esta hipótesis, a la suma de 23.465 millones de euros, lo que supone, sin duda, un grave perjuicio a la economía nacional. "

14º.- El objeto inicial de esta instrucción se mantuvo en posteriores Autos de fechas 7 y 28 de diciembre de 2012.

CUARTO.- En el anterior contexto este Tribunal no comparte la decisión del juzgador de instancia de acoger la suspensión solicitada por Bankia por prejudicialidad penal en relación al delito de falsedad de cuentas del Art. 290 del CP (LA LEY 3996/1995) que investiga (entre otros delitos) el Juzgado Central de Instrucción nº 4:

Este artículo castiga a "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero".

En el supuesto que nos ocupa, Bankia ubica la prejudicialidad en la eventual falsedad de los estados e información contable utilizados para la salida a Bolsa de Bankia que se está investigando en la jurisdicción penal, lo que a su parecer es presupuesto esencial e ineludible para poder determinar la nulidad de la suscripción de acciones que efectuó el demandante.

Vemos que efectivamente se denunció y se investiga penalmente si los consejeros de BANKIA y BFA distorsionaron las cuentas de ambas entidades, a fin de dar la impresión o crear la ficción de que su situación patrimonial era mejor que la realmente existente, lo cual les permitió mejorar los distintos ratios de solvencia y ganarse la confianza de los inversores en la salida a bolsa y en la subsiguiente cotización.

Es posible que se haya cometido un delito de falsedad en los términos del Art. 290 del CP (LA LEY 3996/1995), por el que se sigue la referida causa penal. Esta posible falsedad, por lo que nos interesa en relación a los documentos efectivamente aportados por el demandante, vendría referida a los resultados económicos del primer semestre de 2011 que se plasman en el documento nº 5 de la demanda, y en el propio folleto informativo de la suscripción que se presenta a la CNMV que es el documento nº 3.2.

Sin embargo dichos documentos, y su posible falsedad, aportados por copia, no se consideran decisivos para resolver sobre el fondo del asunto, pues a la vista del relato de hechos antes confeccionado resulta notorio que sin necesidad de ellos se puede tener por acreditada que la imagen de solvencia que Bankia proyectó cuando efectuó su oferta de

suscripción de acciones y su salida a bolsa en fecha 20-7-2011 no era correcta y no reflejaba su verdadera situación económica. Es decir aunque estos documentos (o incluso el resto de los aportados) no se hubiesen incorporado a la causa, la apariencia de errónea solvencia alegada por el demandante hubiese podido acreditarse por el hecho notorio referido a las diferentes actuaciones no solo de la propia Bankia y el BFA, sino también de las entidades públicas de control y regulación del mercado. Igualmente se hubiese desprendido por la divergencia entre la inicial publicidad del tríptico y el discurso de su presidente, Sr. Blas, el día de la salida a bolsa en relación a las nuevas cuentas reformuladas por el nuevo consejo de administración tras el cese del anterior. Lo mismo cabe decir de la acreditada y notoria situación de rescate financiero del día 25-5-2012.

Y siendo esta apariencia de solvencia y fiabilidad de la suscripción de acciones lo que según el demandante le indujo a comprar acciones a un determinado precio el día 19-7-2011 consideramos que para resolver sobre la pretensión deducida no se precisa que recaiga sentencia en el orden penal que declare que las cuentas presentadas eran falsas, quienes sean sus autores y cuales sus responsabilidades penales o civiles.

Es decir, si la imagen de solvencia que se ofreció por Bankia en junio de 2011, no se correspondía a la realidad, no es preciso que exista un previo pronunciamiento penal que determine que ello fue constitutivo de delito y que ello se debió única y exclusivamente por la falsedad de las cuentas del primer semestre de 2011.

No puede desconocerse que el demandante está instando la nulidad de un contrato por dolo o por error en el consentimiento, o por incumplimiento radical de normas imperativas (folio 12 de la demanda), es decir está aludiendo a alguna de las posibilidades del art. 1265 del CC (LA LEY 1/1889) (Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo), 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 CC (LA LEY 1/1889), el dolo civil no exige que la conducta sea constitutiva de infracción penal.

En este sentido la STS Civil de 3 febrero 1981 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»... ”

Añadir que aceptar la suspensión que pretende Bankia equivaldría a dictar una resolución desconectada de la realidad social que también se debe tener en cuenta como criterio de interpretación previsto en el Art. 3 del CC (LA LEY 1/1889). La suspensión provocaría y haría dificultosa la pronta resolución, no solo de este caso sino del de otros muchos, en que por diferentes accionistas se compraron acciones de Bankia, máxime la fundada posibilidad de la larga y compleja tramitación de la causa penal en contra de la claridad y perfecta delimitación del objeto de la pretensión deducida por el demandante en su contenido y efectos.

Todo ello sin prejuzgar cual sea la decisión final del pleito. Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto, a lo que hay que añadir el criterio de aplicación restrictiva de la prejudicialidad penal, procede rechazar la prejudicialidad penal alegada por la demandada en este momento procesal y, por tanto, debe seguirse con la tramitación de la causa civil que nos ocupa, sin suspenderse.

Añadir que este ha sido el criterio que han recogido diversas resoluciones dictadas ya en la primera instancia por Juzgados de tal naturaleza tales como:

- Sentencia nº 91/2014 de fecha 22-7-2014, JO 1438/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcalá de Henares, Ponente ZULEMA GARCIA CALABUIG, Roj: SJPI 80/2014
- Sentencia 163/2014 de fecha 1-9-2014, JO 1402/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid, Ponente: DAVID PEREZ GARCIA-PATRON, Roj: SJPI 119/2014
- Sentencia nº 282/ 2014 de fecha 6-11-2014, JO 1286/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia, JUAN CARLOS MOMPO CASTAÑEDA, Roj: SJPI 133/2014
- Sentencia nº 125/2014 de fecha 11-11-2014 JO 446/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ávila, Ponente: MIGUEL ANGEL PEREZ MORENO, Roj: SJPII 67/2014)”

De la Audiencia Provincial de Ávila, Sentencia 16/2015 de 9 Feb. 2015, Rec. 19/2015: “Respecto al primer motivo del recurso en el sentido de que se declare la nulidad de lo actuado por la existencia de prejudicialidad penal.

Señala la recurrente que en este caso, es evidente que si la jurisdicción penal declarara que el hecho investigado en que se basa la demanda rectora del presente procedimiento, según

la propia Sentencia, no existió, esto es que la información contable incluida en el folleto con ocasión de la salida a bolsa de Bankia se ajustan a la realidad y reflejan su imagen fiel, ese pronunciamiento fáctico tendría una influencia decisiva en este procedimiento, sin que el Juzgado a quo pudiera haber omitido dicha declaración a la hora de valorar o no la concurrencia del presupuesto fáctico de la demanda. Dicen que los hechos que sirven de base a los delitos que investiga el orden penal son exactamente los mismos que sirven de base pretensiones que ejercita la actora en su demanda. Se ha de estar a lo resuelto en 1º instancia cuando se dice que la cuestión de la posible responsabilidad penal en que se pueda haber incurrido por los hechos que son objeto de investigación en el Juzgado Central de Instrucción nº 4 en Diligencias Previas nº 59/2012 resulta indiferente, pues con base en el conjunto probatorio reseñado y en general el resto de prueba documental obrante en autos cabe resolver sobre el fondo del asunto sin necesidad de suspender el presente proceso civil y estar a la resolución definitiva que en su momento recaiga en aquel procedimiento penal o su derivado. En nada tiene que ver el procedimiento penal que enjuicia a los directivos de Bankia con lo que se conoce aquí. Conforme al art. 40.2 LECrim (LA LEY 1/1882) . La decisión que allí se adopte sobre la responsabilidad penal de sus directivos, nada tiene que ver sobre la petición de nulidad de un contrato celebrado por un particular con Bankia."

Y de la AP Burgos, Civil, Sección 3ª del 11 de marzo de 2015, Sentencia nº 70/2015, rec. 35/2015: "La parte apelante alega, como primer motivo de impugnación de la sentencia de instancia, la nulidad de actuaciones por vulneración de los arts. 10 LOPJ , 110 y 114 LECr y 40 y siguientes LEC , al rechazar en la instancia la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal respecto de las Diligencias Previas 59/2012 tramitadas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 -ex art. 238.3 LOPJ y 225 LEC , esto es, prescindir de normas esenciales del procedimiento causantes de indefensión-. Al no acordarse la suspensión por el Juzgado de Instancia, se habría prescindido de una norma esencial del procedimiento.

Con independencia que, propiamente, no se está en un supuesto de nulidad procesal, pues el proceso se ha seguido por los trámites pertinentes, y el hecho es que la parte recurrente solicita en su petición principal la revocación de la sentencia y se acuerde la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal, lo cual, conceptualmente, es un pronunciamiento distinto al de nulidad de actuaciones, procesalmente válidas, aunque se impugne un pronunciamiento declarativo contenido en la parte dispositiva del Fallo de la sentencia de instancia.



Madrid

En relación a lo que es objeto de enjuiciamiento en esta alzada, conviene precisar los preceptos en los que se regula

la prejudicialidad penal en lo civil, y en los términos siguientes:

A) *Artículo 10 LOPJ:*

"1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no puede prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca."

B) *Artículo 114 Lecrim.*

"Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se halla hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de civil originada del mismo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II. título I de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales delito o falta"

C) *Artículo 40 LEC.*

"1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

1ª 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.

2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.

4. No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

Una interpretación auténtica de este precepto nos la ofrece la Exposición de Motivos de la LEC/2000.

"En esta Ley, la prejudicialidad es, en primer término, objeto de una regulación unitaria, en lugar de las normas dispersas e imprecisas contenidas en la Ley de 1881. Pero, además, por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal.

Así, pues, hace falta algo más que una querrela admitida o una denuncia archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil. Mas, si concurren todos los elementos referidos, dicho proceso no se suspende hasta que sólo se encuentre pendiente de sentencia. Únicamente determina una suspensión inmediata el caso especial de la falsedad penal de un documento aportado al proceso civil, siempre que tal documento pueda ser determinante del sentido del fallo."

Una interpretación sistemática de estos preceptos, a la vez que restrictiva de la prejudicialidad penal con carácter suspensiva del proceso civil, permite inferir que para acceder a la suspensión, entre otros requisitos, se exige que los hechos de apariencia delictivos investigados fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil, pueda tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil, en caso de falsedad documental, que pueda ser decisivo para resolver el fondo del asunto, que la resolución civil dependa del sentido de la decisión penal, que, a su vez, determine el sentido del fallo en el proceso civil.

No basta cualquier conexión, sino que ha de ser decisiva, determinante del sentido de la resolución civil.

TERCERO. - En el presente caso, se pretende: "a) Que se declare la nulidad del contrato de compra de acciones de BANKIA con efectos de 19 de julio de 2011, procediendo, en consecuencia, a la restitución de prestaciones entre ambas partes, debiendo BANKIA, S.A. entregar a los

demandantes la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y CINCO CENTIMOS (4.998,75 €) más las comisiones cobradas y los intereses legales desde la fecha de suscripción, devolviéndose por parte de los actores las 13 acciones que aún permanecen en su poder. B) Subsidiariamente y para el improbable caso de no estimarse el pedimento a), que se declare la estimación de la acción de resarcimiento por daños y perjuicios derivada de la mala comercialización en la venta de las acciones por infracción grave del deber de información por dolo directo y dolo reticente en la cantidad de CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTICINCO CENTIMOS (4.979,25 € para mis mandantes más los intereses legales desde la fecha de la compra de las acciones, y sin perjuicio de la cantidad final que resulte en la fecha de la Sentencia de conformidad con el valor de las acciones a esa fecha para el cálculo del diferencial."

La pretensión principal se funda en la prestación de un consentimiento prestado por error -ex arts. 1.265 y 1.266 C. Civil - y dolo civil - ex arts. 1.269 y 1.270 C. Civil -, en lo sustancial, por infracción grave del deber de información.

La sentencia de instancia acoge la pretensión principal por entender que concurre error y dolo que vicia el consentimiento.

Los hechos fundadores de las pretensiones ejercitadas (y la estimada), es decir, las integrantes de la causa de pedir, que identifican y sustentan las acciones ejercitadas no son las mismas: prestación de un consentimiento contractual viciado por error en la solvencia de la entidad objeto de información al cliente (la publicitada y la no dada), lo cual no depende de la eventual comisión de un delito, correspondiente a la falsificación de unas cuentas anuales, pues el error puede surgir de una contabilidad equivocada, incompleta, mal elaborada desde una perspectiva contable, sin necesidad de que surja de una voluntad fraudulenta, típicamente punible.

Los actores no son parte en el procedimiento penal, ni han ejercitado acción alguna en el procedimiento penal, siendo las pretensiones, de ambos procedimientos, distintas.

Lo trascendente jurídicamente, por demás, es que los hechos denunciados o pretensiones deducidas en el procedimiento penal, como su fundamento, no son decisivos ni tienen una influencia determinante en el procedimiento civil.

En éste, ha de estarse a la prueba obrante en el mismo, a su propio acervo probatorio, limitado, lógicamente, al objeto de las pretensiones deducidas, singularmente, la información recibida por el cliente para la comercialización del producto

litigioso; valorándose de acuerdo a las normas procesales civiles de apreciación y carga de la prueba, lo que debilita que, algún medio probatorio, como el folleto informativo o las cuentas anuales, puedan coincidir con su aportación al procedimiento penal, con una finalidad y objeto distintos.

La existencia de error o dolo civil, conceptualmente, se funda en condiciones jurídicas distintas al dolo o culpa penal, de configuración legal típica y punible. Aquí, se trata, de enjuiciar una relación contractual concreta, delimitada por la causa de pedir integrante de la acción ejercitada, entre las partes contratantes -ex art. 1257 C. Civil -, no de responsabilidades personales en otro orden jurisdiccional. El pronunciamiento que sobre éstos pueda recaer, no impide ni condiciona el enjuiciamiento del objeto de este proceso civil, pues el consentimiento viciado por error o dolo civil no requiere necesariamente fundarse en la existencia de un delito, de falsedad o estafa, sino en otros hechos y condiciones que no rebasan el marco estrictamente civil.

Como expresa el Juez de Instancia interesa si la entidad emisora incumplió su deber de proporcionar al inversor que adquiere las acciones una información veraz, suficiente y clara sobre su situación financiera y contable en el momento de la oferta pública de suscripción de acciones; lo cual, es independiente del resultado del procedimiento penal, si hubo una información indebida en la comercialización, concurriendo dolo o culpa civiles."

Y con el mismo criterio se han pronunciado las SS. de la A.P. Madrid, Secc. 9ª, de 8 de mayo de 2015 Rec. 693/14, A.P. Albacete, Secc. 1ª del 20 de mayo de 2015 S. 121/2015, Rec: 13482015 A.P. Oviedo Sección 5ª, del 11 de mayo de 2015, S. 128/2015, Rec. 140/2015, A.P. Madrid Secc. 10ª de 15 de julio de 2015, S. 285/2015, Rec. 471/2015, S.AP. Segovia, Sección 1ª de 31 de julio de 2015, S. 144/2015, Rec. 163/2015 y S.AP. A Coruña, Sección 3ª de 31 de julio 2.015, S. 251/15, Rec. 353/15, S. AP. Avila de 24 de septiembre 2015, S. 102/15, Rec. 158/2015 y AP. Badajoz, Sección 2ª, de 17 septiembre 2015, S. 218/15, rec. 284/15. En igual sentido ha recaído Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid celebrada a 23-09-2015 cuyo punto primero determina: "que no se aprecia divergencia de criterios se ratifica el criterio establecido en distintas Sentencias por las Secciones Octava, Novena y Décima de esta Audiencia Provincial relativo a la nulidad del contrato de adquisición de acciones de Bankia, sin que se a necesario esperar a la resolución del proceso penal abierto por este conflicto".

TERCERO.- En cuanto a la naturaleza jurídica del producto financiero objeto de esta litis, las acciones de una sociedad

anónima, en este caso Bankia SA hay que acudir al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que en su artículo 90 (Participaciones sociales y acciones) las define: "Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alicuotas, indivisibles y acumulables del capital social". Mientras que en su artículo 91 (Atribución de la condición de socio) dice que: "confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos". Teniendo según el artículo 92 (La acción como valor mobiliario): "la consideración de valores mobiliarios." Y siendo por ello según dispone el artículo 120 (Transmisión de acciones) transmisibles "de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales". Así el Código de Comercio en su artículo 545 establecía: "Los títulos al portador serán transmisibles por la tradición del documento. No estará sujeto a reivindicación el título cuya posesión se adquiera por tercero de buena fe y sin culpa grave. Quedarán a salvo los derechos y acciones del legítimo propietario contra los responsables de los actos que le hayan privado del dominio".

Transmisibilidad que se regula por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, según dispone su artículo 2: "Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros:

1. Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero.

Se considerarán en todo caso valores negociables, a los efectos de la presente Ley:

a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren".

Según dispone esta última Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores se trata de productos por ello no complejos, no sometidos al deber del art. 79 bis 7, esto es, el conocido como "test de conveniencia" en el apartado 7: "cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite 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.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no se adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado". Y continúa el apartado 8:" Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumpla las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente". Así lo declaró ya la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 381/2014 de 29 Dic. 2014, Rec. 751/2014 : "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 (LA LEY 1562/1988) 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." Y en igual sentido Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 21 de enero de 2015, nº 16/2015, recaída en rec. nº 625/2014". Todo ello hace irrelevantes las alegaciones de Bankia SA sobre la realización a la actora del test de conveniencia, aportado como documento nº 10 de la contestación a la demanda.

CUARTO.- Ello sin embargo, no excluye la necesidad de una información completa para este tipo de productos y en este caso especializada por tratarse de una Oferta Pública de Suscripción de acciones a cliente minorista de una entidad (Bankia SA) que iniciaba su cotización en Bolsa. Así dispone el art. 78 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores para distinguir el tipo de cliente lo que sigue: "1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios.

2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.

c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;

3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas.

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;

3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

El Gobierno y, con su habilitación expresa, el Ministro de Economía y Hacienda o la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán determinar la forma de cálculo de las magnitudes señaladas en este apartado y fijar requisitos para los procedimientos que las entidades establezcan para clasificar clientes.

4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales".

Encontrándonos ante un cliente minorista sin género de dudas, la Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores establece en su artículo 79 una obligación de diligencia y transparencia:" Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley". Lo que completa el artículo 79 bis con una serie de obligaciones de información:"

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, 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 aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente".

QUINTO.- En el caso concreto encontrándonos ante una Oferta Pública de Suscripción estos deberes deben cumplirse a través del correspondiente folleto de características de la oferta, cuya forma y contenido regula la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988). Así define esta oferta pública el art. 30 bis:"

1. Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores.

La obligación de publicar un folleto no será de aplicación a ninguno de los siguientes tipos de ofertas, que, consecuentemente a los efectos de esta ley, no tendrán la consideración de oferta pública:

a) Una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados.

b) Una oferta de valores dirigida a menos de 100 personas físicas o jurídicas por Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados.

c) Una oferta de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un mínimo de 50.000 euros por inversor, para cada oferta separada.

d) Una oferta de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 50.000 euros.

e) Una oferta de valores por un importe total inferior a 2.500.000 euros, cuyo límite se calculará en un período de 12 meses.

Cuando se trate de colocación de emisiones contempladas en las letras b), c), d) y e) de este apartado, dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, deberá intervenir una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercialización de los valores emitidos.

2. No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Reglamentariamente, se establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas.

3. A las ofertas públicas de venta o suscripción de valores no exceptuadas de la obligación de publicar un folleto informativo se les aplicará toda la regulación relativa a la admisión a negociación de valores en mercados regulados contenida en este título, con las adaptaciones y excepciones que reglamentariamente se determinen. A estos efectos se tendrá en cuenta que a las ofertas públicas de venta o suscripción de valores podrá no aplicárseles el artículo 25.5".

Y el artículo 27(contenido del folleto), determina la extensión de la información: "1. El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

2. El folleto deberá ser suscrito por persona con poder para obligar al emisor de los valores.

3. El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores. Asimismo, dicho resumen contendrá una advertencia de que:

- a) Debe leerse como introducción al folleto.
- b) Toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.
- c) No se exige responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente por el resumen, a no ser que dicha nota sea engañosa, inexacta o incoherente en relación con las demás partes del folleto.

4. Mediante orden ministerial se regulará el contenido de los distintos tipos de folletos y se especificarán las excepciones a la obligación de incluir determinada información, correspondiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores autorizar tal omisión. Previa habilitación expresa, la citada Comisión podrá desarrollar o actualizar el contenido de la orden.

También corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la determinación de los modelos para los distintos tipos de folletos, de los documentos que deberán acompañarse y de los supuestos en que la información contenida en el folleto pueda incorporarse por referencia".

Para concretar la responsabilidad de la misma el Artículo 28. (Responsabilidad del folleto): " 1.La responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Asimismo, la responsabilidad indicada en el párrafo anterior recaerá en el garante de los valores en relación con la información que ha de elaborar. También será responsable la entidad directora respecto de las labores de comprobación que realice en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Serán también responsables, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, aquellas otras personas que acepten asumir responsabilidad por el folleto, siempre que así conste en dicho documento y aquellas otras no incluidas entre las anteriores que hayan autorizado el contenido del folleto.

2. Las personas responsables de la información que figura en el folleto estarán claramente identificadas en el folleto con su nombre y cargo o, en el caso de personas jurídicas, con su

denominación y domicilio social. Asimismo, deberán declarar que, a su entender, los datos del folleto son conformes a la realidad y no se omite en él ningún hecho que por su naturaleza pudiera alterar su alcance.

3. De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante.

La acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de la falsedad o de las omisiones en relación al contenido del folleto.

4. No se podrá exigir ninguna responsabilidad a las personas mencionadas en los apartados anteriores"

Aplicando la anterior legislación y con explicación que hacemos nuestra declaró la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 381/2014 de 29 Dic. 2014, Rec. 751/2014: "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 (LA LEY 1562/1988) 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 (LA LEY 1600/2005)) 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 (LA LEY 1/1889) , 1266 (LA LEY 1/1889) y 1300 Código Civil (LA LEY 1/1889)) 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." Y en igual sentido Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 21 de enero de 2015, nº 16/2015 , recaída en rec. nº 625/2014".

Esta información, por otro lado, no solo debe cumplir los estándares de claridad, precisión y veracidad que se determinan por la legislación y jurisprudencia transcritas, sino que debe facilitarse con la suficiente antelación para que el adquirente realice una elección aquilatada respecto de la misma, y en tal sentido se manifiesta la reciente declaración del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 769/2014 de 12 Ene. 2015, Rec. 2290/2012: "Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre (LA LEY 151775/2014) , declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 (LA LEY 1838/1993) , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal

información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable".

SEXTO.- Determinado el alcance de la información que debía facilitar Bankia y la forma en que debía hacerse llegar al suscriptor de acciones apreciamos en primer término y atendiendo a los documentos facilitados por ambas partes (doc. 1, 2 y 11 de la demanda y doc. n° 9 de la contestación) ya que el documento n° 8 corresponde a una orden de una compra de títulos de la que es objeto del pleito cuya entrega se acredita al dar la orden de compra de acciones que la entidad demandada no ha probado que la información, era completa y que se realizó con antelación suficiente a la emisión de la orden, pese a que estaba en su mano hacerlo aportando prueba documental y testifical que así lo acreditara, (art. 217 LEC), de forma que debe considerarse que la información facilitada a quien dio la orden de compra de valores se produjo inmediatamente antes a dicha orden sin que pudiera este ordenante analizar suficientemente las características de las acciones que se le ofertaban en relación con la situación de la sociedad emitente, la propia Bankia, así se prueba que se realizó un "test de conveniencia" como ya vimos innecesario para este tipo de productos, y se entregó el folleto resumen de la "Oferta Pública de Suscripción y Admisión a Negociación de Acciones de Bankia SA" todo ello en un mismo momento, documento este que se integra por seis páginas de letra pequeña y se refiere su punto final a unos "Documentos accesibles al público" que corroboraban lo allí dicho y que naturalmente dada la forma en que se facilita la información unida a la propia firma de adquisición, el ordenante no tuvo oportunidad de consultar. En esta situación el adquirente de las acciones no tuvo la menor posibilidad de analizar el folleto y ello porque al margen de que la CNMV hubiera aprobado el mismo, lo que supone una certificación sobre su suficiencia, que no sobre sus datos o contenidos, resulta obvio que de no poder hacerse una lectura atenta y detallada, pausada y reflexiva, es imposible acceder a la información del

mismo para un cliente minorista y lego en la materia financiera. Así basta con comprobar el grupo informativo de "Factores de Riesgo", junto con el grupo de "Informaciones financieras seleccionadas" para determinar que solo una consulta previa, y cruzada de ambos grupos permite hacerse una idea suficiente de la situación y riesgos expresados de un producto que salía por primera vez a cotización oficial, es decir, respecto del que no se tenía información anterior y esto resultó imposible en la mecánica de venta de acciones que impuso el propio Banco, de actuación única y concentrada, uniéndose la información a la firma de la orden de suscripción y sin que se acredite que se dieran cumplidas explicaciones sobre esta información, o aun que se produjeran preguntas de los adquirentes y respuestas de Bankia aclaratorias, todo lo cual debió probar la señalada entidad, de conformidad con las repartidas normas del art. 217 de la LEC. En este caso el testigo comparecido Don Rafael Andrés Fernández no recordaba su intervención a los hechos, pero al ser preguntado por la mecánica general de venta de las acciones confirmó lo que antes veníamos sosteniendo, llegando a decir que en el proceso total, que incluía la realización del "test de conveniencia" no se invertían más de 20 minutos, lo que determina lo escuálido de la información, su formulismo y la imposibilidad en el adquirente de acceder a la situación real de la Entidad emisora con independencia de cual fuera ésta.

A este efecto hemos de traer las acertadas consideraciones de la AP Burgos, Civil, Sección 3ª del 11 de marzo de 2015, Sentencia nº 70/2015, rec. 35/2015: "La cuestión básica a acreditar (por la entidad emisora y vendedora) es que cumplió su deber de informar, de manera veraz, suficiente y comprensible, sobre su situación financiera y contable en el momento de la oferta pública de suscripción de acciones.

Pues bien, a la vista y lectura del folleto de la OPS, un cliente medio, difícilmente, puede comprender los riesgos reales que corre con la adquisición de las acciones concretas ofrecidas. El Juez de Instancia lo resalta en varias ocasiones -la información de los riesgos es criptica y no comprensible para una persona no experta; de una manera técnica y poco comprensible para personas legas, folio 274-.

Esto no es una presunción, sino una apreciación directa de un documento -y el inversor ha de basar su decisión en el Folleto en su conjunto, como se hace constar expresamente en el Resumen (ii)-. Se describen quince factores de riesgos específicos del emisor o de su sector de actividad, admitiéndose en algún caso su complejidad y la información insuficiente; y dieciocho riesgos relativos a los valores ofertados. Una información comprensible no se agota en el Folleto mencionado, mas bien, produce la situación contraria.

Este deber informativo y de comprensibilidad real se intensifica cuando se introduce en el Folleto información financiera consolidada "pro forma" sobre el Grupo Bankia "a efectos ilustrativos"; "los datos financieros pro forma tratan de una situación hipotética y pueden no ser suficientemente representativos de la posición financiera o los resultados reales del Grupo Bankia".

La Cuenta de Resultados figurada en el Folleto da al Grupo un B.N.C. de 69 millones de euros y Beneficio atribuido del Grupo Consolidado de 35 millones de euros.

Por un lado, el Folleto ofrecía una información técnica-financiera incomprensible, en términos reales, para un cliente medio, normal, no experto en materia financiera. Pero, por otro, se obtenía un dato concreto de solvencia financiera del Grupo Bankia, que es con lo que, este cliente, podía quedarse finalmente. Esto, unido, al hecho que también aprecia el Juez de Instancia, de la publicidad que resaltaba el carácter solvente y sólido de la entidad y lo atractivo de la inversión por la expectativa que la entidad emisora generase beneficios (consolidados en el Folleto).

Todo esto, es una apreciación directa, no presuntiva."

Si bien sostenemos que tal deficiencia en la información no deriva del contenido mismo del folleto, recordemos, aprobado por la CNMV como suficiente, sino de la manera en que se pudo producir el acceso al mismo, como un mero formalismo y sin posibilidad alguna de consulta seria y reflexiva, pese a la complejidad de las circunstancias que debían ser analizadas por los ordenantes, con carácter previo a su decisión.

SEPTIMO.- Junto a esta primera y trascendente deficiencia de información hemos de examinar el contenido mismo de la información para saber si esta es fiel y exacta. Es aquí donde se producen posturas claramente divergentes ente las partes, pues mientras que la actora pretende que se presentó una situación patrimonial incorrecta de la entidad emisora Bankia SA, la demandada sustenta que era la situación real de la empresa, puesto que no interesa aquí, lo reservado al ámbito estrictamente penal, esto es, que se ocultaba a sabiendas información o se falsean la misma y los documentos contables que sirvieron de base a ella. Sobre esta cuestión valga recordar lo declarado por la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, secc.7ª, en Auto de 1 de Diciembre de 2014, Rec.496/2014 ya recogido en el fundamento jurídico segundo de esta resolución.

En este relato de hechos existen varios hitos, a juicio de este juzgador trascendentes: a) La realización del "Folleto Informativo" de la OPS donde se establece en su Resumen un beneficio neto consolidable del Grupo Bankia de 64 millones de

euros y del Grupo BFA de 205 millones de euros a marzo de 2011 que justificaba la valoración de acciones a 2,00 euros de nominal, con una prima de 1,75 euros; b) La Comisión del EBA (European Banking Authority) a 8-12-2011 a través del Banco de España determinó unas necesidades adicionales de capital del "Grupo Bankia" de 1329 millones de euros en septiembre del 2011, reconocidas por la entidad; c) La aprobación con remisión a 4-5-12 a la CNMV de las Cuentas anuales de Bankia y BFA cerradas a 31-12-2011 sin auditar con un beneficio de 304,748 millones de euros o bien un beneficio consolidado que las cuentas "pro forma" permitirán por diversos ajustes de 309,00 millones de euros; d) La aprobación por Bankia SA de unas nuevas cuentas anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas que se comunican a 25-5-2012 a la CNMV donde se reflejan unas pérdidas de 2.979 millones de euros; e) La suspensión de la cotización en Bolsa solicitada por la propia Bankia SA a la CNMV a 25-5-2012 ante la situación de incertidumbre y caída drástica del valor de cotización de las acciones, así el día 24-4-2015 la cotización de las acciones era de 1,57 euros.

Todo ello demuestra con actuaciones de la propia Entidad emisora de las acciones y al margen de la intervención pública posterior que llevó a una capitalización de Bankia en 12.000 millones suficientemente conocida, que existió una deficiencia en la información de la situación de Bankia SA y BFA SA que constituía el sustento de la OPS de Bankia y que se transcribió en el Resumen de la OPS. Las cuentas de la Sociedad Bankia SA y de BFA se presentaron por dos veces, la primera sin auditar y no se correspondían una con otra, cuentas cerradas a 31-12-11, es decir, nueve meses después de la OPS y que constituían las primeras cuentas correspondientes al ejercicio de salida a Bolsa de Bankia SA. Con ello es claro que se da una imagen contable de la Entidad no acorde con su situación real, lo que ya se reconoció por Bankia SA frente a la recomendación del EBA referida a septiembre de 2011 y esta imagen es la única posible para el adquirente de unas acciones que salían por primera vez a cotización oficial, es decir, sin antecedente conocido balances contables de la sociedad, ni de la evolución en el mercado bursátil. Así no es posible confundir la normal evolución de las acciones en dicho mercado, compensada en su riesgo en la posibilidad de venta inmediata, con la realidad de una venta de acciones sobrevaloradas por sobrevaloración de los fondos y la solvencia de la entidad que las emitía por primera vez, ni tampoco como pretende la representación procesal de Bankia achacar a la hoy actora su falta de diligencia en la venta de las mismas como causa de sus pérdidas en la inversión, cuando precisamente la pérdida se origina ya en una primera sobrevaloración, y la facultad de venta de las acciones decayó cuando se da primer síntoma de alarma al publicarse las segundas cuentas por la Entidad que pide y obtiene con carácter inmediato de la CNMV la suspensión de cotización a 25-5-12.

Hemos de hacer nuestras a estos efectos las acertadas consideraciones de la AP Burgos, Civil, Sección 3ª del 11 de marzo de 2015, Sentencia nº 70/2015, rec. 35/2015 : "No obstante, el Juez añade dos hechos, que se consideran como hechos-base acreditados: que, en mayo de 2012, diez meses después de la salida a bolsa de la OPESA (un plazo breve de tiempo) acontecen dos sucesos importantes, uno, que la auditora de " Bankia S.A." se niega a respaldar las cuentas anuales del año 2011, con beneficios de 309 millones de euros (hecho-base acreditado); y el otro, que a resultas de tales cuentas la entidad bancaria mencionada fue intervenida por el FROB, con nuevo Consejo de Administración y recapitalización con fondos públicos; todo lo cual motivó el desplome de la cotización de las acciones , imponiéndose a los tenedores de acciones , preferentes o subordinadas una pérdida de la inversión - canje de 100 acciones adquiridas por una acción nueva, con un valor inferior a las originarias-(hechos-base acreditados).

Aunque la formulación de las cuentas del año 2011 y la intervención de " Bankia " en mayo de 2012 es posterior a la OPA, de julio de 2011 es lógico inferir, como argumenta el Juez de Instancia, que en un plazo de diez meses, no sobreviene, ex novo, esta situación financiera, estando presente en la entidad, de forma conocida o, al menos, susceptible de serlo con empleo de una diligencia normal, para evitar la publicidad de un folleto que no describía ni se correspondía con la situación financiera real de la Sociedad.

La inferencia del hecho-consecuencia es lógica, coherente, con los hechos-base acreditados, por lo que no se aprecia infracción del art. 386 LEC (aparte de la prueba directa analizada y la pericial que recoge la sentencia de instancia, a cuya valoración me remito, folios 275 y 276)"

Y también las de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 381/2014 de 29 Dic. 2014, Rec. 751/2014: "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, 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 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 (LA LEY 10626/2003) (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 (LA LEY 1562/1988) , nada empece 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." Y en igual sentido Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 21 de enero de 2015, n° 16/2015 , recaída en rec. n° 625/2014".

Inciendo con estas últimas en que nos encontramos con una inveracidad u omisión de datos en el folleto que determinaban la imagen de solvencia de la emisora de las acciones que no precisa de una falsedad documental o una conducta falsaria penal, objeto de investigación en aquella vía. En el caso enjuiciado la información que se facilitó sobre la situación contable y la solvencia de la entidad Bankia SA, emisora de las acciones no fue veraz, resultando que la supuesta solvencia de la sociedad era en realidad una situación de insolvencia con pérdidas que posteriormente se confirmaron como muy graves, causantes casi de la quiebra de la entidad lo que obligó a una enorme recapitalización de la misma por el FROB y ello no viene motivado según pretende la representación procesal de Bankia S.A. por una alteración del marco legal de valoración de activos (R. Decreto Ley 2/2012 de 3 de febrero y RD. 18/2012 de 11 de mayo), sino por una insuficiente concreción de los riesgos de la entidad y su

influencia sobre los balances en el Folleto Resumen de la OPS y en esta información, al no constar factores específicos de riesgo referenciados en las fluctuaciones del valor de los activos, ya que solo se determina en el apartado "Exposición al Mercado Inmobiliario Español" que "las tendencias actuales de las tasas de morosidad, los altos tipos de interés y desempleo unidos a unos precios de los activos inmobiliarios cada vez más bajos podrían tener un efecto material en las tasas de morosidad hipotecaria del banco". Pero además esta información inexacta e incompleta, no se dio en forma que pudiera reflexionarse sobre ella, y ni siquiera realizar una consulta mínima que permitiera tener conocimiento de los riesgos, contenidos en números apartados, pues, como ya dijimos la información se facilitó con la de la orden de suscripción, sin posibilidad de consulta y reflexión sobre la misma, y esto se realizó por un profesional (Bankia SA) frente a un particular minorista, sin formación especial y consumidor, al que no se puede pedir mayor diligencia de la mostrada, pues presupuso que la información que se le daba era correcta y la solvencia de la entidad era cierta, y asumió sólo el riesgo de cualquier adquisición de acciones admitidas a cotización oficial, la fluctuación de su precio según mercado, pero no pudo asumir los riesgos de la de la propia Entidad que salía " a Bolsa" por primera vez al no permitírsele un examen de la declaración Resumen de la misma, ni tampoco les hubiera llevado a conocer en tal caso, dado que los datos facilitados en esta documentación se acredita que no correspondían a la situación social.

OCTAVO.- Alcanzado este punto hemos de examinar si a la luz de estas deficiencias se produce un error civilmente relevante en la parte actora cuando emite su consentimiento de adquisición de las acciones (doc. 2 de la demanda y 8 de la constestación). De lo anteriormente expuesto se extraen elementos suficientes para concluir que en el concreto supuesto enjuiciado la parte actora incurrió en evidente error a la hora de contratar la compra de acciones de Bankia S.A, como consecuencia de una deficiente e inveraz información suministrada por el personal de Bankia acerca del Producto y, también de lo expuesto, se concluye que se trató de un error grave, pues se suministró información de la que racionalmente la parte demandante podía entender que el producto contratado no entrañaba mayor riesgo que el propio de las acciones por fluctuación del mercado, sin conocer la situación real de la Entidad emisora de las mismas y su auténtica solvencia, información que, al proceder de un empleado de Bankia encargado de la gestión de sus inversiones, se presume que iba a ofrecerle la mejor inversión posible.

Así, y en cuanto al error en el objeto es preciso indicar que éste es determinante de la nulidad en tanto que afecta al objeto mismo del contrato, dado que la parte compradora difícilmente podía saber las circunstancias de la entidad

emisora de las acciones que estaba comprando habida cuenta de las omisiones y ambigüedades habidas en su comercialización. No puede olvidarse que el objeto del contrato, como señala el art. 1273 C.C ha de ser cosa determinada en cuanto a su especie, entendiéndose una constante y reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que "se emplea esta palabra en el sentido de que la determinación de la cosa se haga en forma que no pueda confundirse con otra distinta". Esta falta de información bien pudo conducir al adquirente a padecer desconocimiento o, cuando menos, un equivocado conocimiento de tales circunstancias, provocado por la demandada, por lo que, de acuerdo con los requisitos que viene estableciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que más adelante se indicará, el error ha de reputarse inimputable y excusable para el actor, y en consecuencia determinante de vicio de consentimiento y por lo tanto, determinante de la falta de validez del negocio jurídico (SSTS de 15 de diciembre de 1992, 14 y 18 de febrero de 1994 y 14 de julio de 1995 , entre otras).

Media, pues, error sobre elemento esencial del contrato como es su propio objeto, del cual no se informó suficientemente a la parte actora, al no explicitarse de manera clara y que no indujera a equívocos la solvencia de la Entidad emisora. Por ello, entiende este juzgador que los requisitos para anular el contrato por vicio en el consentimiento concurren en el caso enjuiciado en autos; requisitos que establece el Tribunal Supremo, resultando destacable en este sentido la Sentencia de 28 septiembre 1996 en la que afirma que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -art. 1261.1 y Sentencias de 16 diciembre 1923 y 27 octubre 1964 - que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -Sentencias de 1 julio 1915 y 26 diciembre 1944 - que no sea imputable a quien la padece -Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957 - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963 -. De otra parte, como recoge la Sentencia de 18 febrero 1994 , para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (Sentencia de 4 enero 1982 , cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues

la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

Sobre el error y sus requisitos en el ámbito financiero se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 769/2014 de 12 Ene. 2015, Rec. 2290/2012: "La sentencia del pleno de esta sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014) , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil (LA LEY 1/1889) 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 del Código Civil (LA LEY 1/1889)). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era

exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este 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.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014) y reiterado en sentencias posteriores."

Para concretar más adelante las circunstancias de excusabilidad del error el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 769/2014 de 12 Ene. 2015, Rec. 2290/2012: "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias

determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014) , «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 (LA LEY 1838/1993) Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.”

En el caso enjuiciado la información que se facilitó sobre la situación contable y la solvencia de la entidad Bankia SA, emisora de las acciones no fue veraz, resultando que la

supuesta solvencia de la sociedad era en realidad una situación de insolvencia con pérdidas que posteriormente se confirmaron como muy graves, causantes casi de la quiebra de la entidad, lo que obligó a una enorme recapitalización de la misma por el FROB, hecho no negado en las contestación por Bankia si bien funda tal necesidad en una deficiente conceptualización legal de activos con variación de la legislación y en la condición del mercado, lo que según dijimos es contrario a lo probado. Pero además esta información inexacta, se dio en forma que no pudo reflexionarse sobre ella, y ni siquiera realizar una consulta mínima que permitiera tener conocimiento de los riesgos, pues, como ya dijimos la información se facilitó de forma inmediata a la firma de la orden de suscripción sin posibilidad de consulta y reflexión sobre la misma, y esto se realizó por un profesional (Bankia SA) frente a un particular minorista, sin formación especial y consumidor, al que no se puede pedir mayor diligencia de la mostrada, pues presupuso que la información que se le daba apresuradamente era correcta y la solvencia de la entidad era cierta, y asumió sólo el riesgo de cualquier adquisición de acciones admitidas a cotización oficial, la fluctuación de su precio según mercado, pero no pudo asumir los riesgos de la propia Entidad que salía "a Bolsa" por primera vez al no permitírsele un examen de la declaración Resumen de la misma, ni tampoco les hubiera llevado a conocer en tal caso, dado que los datos facilitados en esta documentación, se acredita que no correspondían a la situación social. Nos encontramos ante un error excusable y esencial que ha viciado el consentimiento de la parte actora sobre el objeto del contrato, todo lo cual en definitiva, termina que la acción de nulidad ejercitada en la demanda deba ser estimada, procediendo declarar la anulación por defecto de consentimiento del contrato de suscripción de "Acciones Bankia" suscrito entre las partes con fecha de 5 de julio de 2011 y con fecha valor de 19 de julio del mismo año bajo nº de orden 411186132334221 por valor de 6.000,00 euros.

NOVENO.- Llegados a este punto, la declaración de nulidad debe realizarse de conformidad con el artículo 1303 CC que dispone que: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes."

En consecuencia y con la finalidad de evitar enriquecimientos injustos, pues con la declaración de nulidad del negocio jurídico se pretende que ambas partes vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al contrato, se condena a BANKIA, S.A. a la restitución a la demandante del capital invertido, esto es, 6.000,00 euros por el contrato del año 2011 declarado nulo con el interés legal desde la efectiva ejecución de la orden de suscripción, esto es desde el 19 de

julio de 2011, tal y como consta en el documento nº 8 a 10 de la demanda y 12 de la contestación a la demanda, hasta la fecha de esta resolución.

A esta cantidad deberá deducirse y por lo tanto, compensarse, las cantidades que puedan percibirse por la parte actora en concepto de rendimientos de dichos títulos, suma a la que habrá que añadir el interés legal del dinero a contar desde el momento de abono de cada uno de los rendimientos, si los hubiere, y ello en conformidad con lo dispuesto en el art 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La compensación establecida encuentra su apoyo legal en los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que: "Tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra", mientras que el artículo 1196 señala que: "Para que proceda la compensación, es preciso: 1.º que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; 2.º que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado; 3.º que las dos deudas estén vencidas; 4.º que sean líquidas y exigibles y 5.º que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 5 de junio de 2007, recurso 29/2007 establece a propósito de la figura de la reconvención, señaló que: "A este respecto conviene poner de manifiesto en primer lugar que en palabras de la A.P. de Barcelona Sª 22 de marzo de 2004 "... Para una adecuada resolución del debate han de tenerse presente las diferentes clases de compensación que existen, porque la posibilidad aludida difiere, según se trate de una u otra. La compensación puede ser legal, judicial o convencional. La compensación legal para que pueda operar exige, de acuerdo con lo previsto en los arts. 1.195 y 1.196 C.C , la reciprocidad de los créditos, la homogeneidad de las prestaciones, la exigibilidad de las deudas, liquidez de las mismas y la ausencia de retención o contienda judicial respecto de las deudas compensables. La compensación judicial se produce en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos necesarios para que se oponga la compensación legal. Entonces corresponderá al juez, por medio de proceso, subsanar la falta de alguno de ellos, que normalmente será el de la liquidez. La compensación legal puede alegarse tanto por vía de excepción, cuando lo único que se pretenda es la desestimación de la demanda con base en la estimación de su contracrédito compensable, como por la vía de reconvención, si siendo su crédito superior al del actor, además de solicitar la desestimación de la demanda, pretende

que se condene a la otra parte al pago del exceso de su contracrédito. Así lo ha entendido la jurisprudencia de manera reiterada, llegando incluso a señalar en alguna resolución relativa a la compensación legal, que ni siquiera es preciso alegarla como excepción expresa, bastando con que se aleguen hechos obstativos de la demanda del actor. Por lo que se refiere a la compensación judicial, deberá formularse siempre por vía reconventional, ya que requiere una actuación y pronunciamiento expreso del juez, independientemente de la cuantía inferior o superior de su crédito en relación con el actor (Cfr. T.S. 7 marzo 1.988 , 24 abril 1.999 , 14 marzo 2002)..."

En consecuencia, según la Jurisprudencia, para que proceda la compensación de deudas -como uno de los modos de extinción de las obligaciones expresamente enumerado en el artículo 1156 del Código Civil y regulado en sus artículos 1195 y 1202 -, es requisito ineludible que exista certeza sobre la existencia y cuantía de ambas deudas, y ciertamente dicho requisito sí es de apreciar en las deudas establecidas a cargo de ambas partes en el caso de autos. Se dan, por tanto, todos los requisitos a los que se refieren los artículos 1195 y 1196 del Código Civil para que opere la compensación, con el efecto de extinción de una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1202 del mismo Código).

Asimismo, al no constar mala fe en la demandada, y en tanto ha sido establecida la nulidad del contrato, la titularidad de todos los títulos derivados de la orden anuladas deben pasar a BANKIA, S.A., una vez restituya el importe de las cantidades que debe pagar a la demandante.

Seguimos con ello lo declarado por la jurisprudencia, así la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 381/2014 de 29 Dic. 2014, Rec. 751/2014 : "Dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil (LA LEY 1/1989), 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." Y en igual sentido Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 21 de enero de 2015, nº 16/2015, recaída en rec. nº 625/2014". Sin que exista es causa alguna para no acordar la devolución de la cantidad con sus intereses por parte de Bankia S.A, pues ha dispuesto de la misma en su beneficio, y sin que se produzca enriquecimiento injusto, ni puedan relacionarse estos intereses con la fluctuación del precio de las acciones que queda a cargo de Bankia.

DECIMO.- De conformidad con el suplico de la demanda así como de lo dispuesto en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, resulta aplicable a la cantidad que corresponda percibir a los demandantes y a cargo de la entidad demandada, el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente resolución, aplicándose así la doctrina jurisprudencial de la que es exponente la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, Sentencia de 21 Abr. 2010, rec. 64/2010 cuando declara: "y desde la sentencia hasta su ejecución, se aplicarán los intereses de la mora procesal", que examinó un supuesto de sentencia con reserva de liquidación en conformidad con lo que dispone el art 219 de la L.E.C. análogo al presente.

UNDECIMO.- De lo expuesto se deriva que la acción de nulidad del contrato resulta sustancialmente acogida, por lo que a efectos de costas resulta aplicable lo dispuesto como norma general en el párrafo primero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de junio del 2008, 21 de febrero de 2008 y 27 de enero del 2005, entre otras, por cuya virtud las costas de este procedimiento deben ser impuestas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por y en representación de su hija menor ; asistidoS por el Letrado DON MIGUEL ANGEL MORA GOMEZ y representado por la procuradora DOÑA ISABEL SOBERON GARCIA DE ENTERRIA contra BANKIA, S.A., representada por el Procurador DON MANUEL LANCHARES PERLADO y asistida por la Letrada DOÑA FATIMA ADAN RUIZ y en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad del contrato de suscripción de "Acciones Bankia" suscrito entre "BANKIA S.A." y y con fecha de 7 de julio de 2011 y con fecha valor de 19 de julio del mismo año bajo nº de orden por valor de 6.000,00 euros.

2.- CONDENO a "BANKIA, S.A." a reintegrar a (representada por sus padres y la cantidad de 6.000,00 euros, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde el 19 de julio de 2011 hasta la fecha de la presente resolución y a (representada por

sus padres

y l.
a reintegrar a "BANKIA, S.A." los rendimientos generados y recibidos por dichas acciones que se determinaran aritméticamente en ejecución de sentencia, cantidad que devengará el interés legal del dinero a contar desde el momento de abono de cada uno de los rendimientos hasta la fecha de la presente resolución. Las cantidades a cargo de cada parte deberán compensarse en la cuantía concurrente, devengando la cantidad restante el interés legal del artículo 576 de la LEC desde la presente resolución.

3.- DECLARO que la titularidad de todos los títulos derivados de la orden anulada pasen a BANKIA, S.A., una vez restituya el importe de las cantidades que debe pagar a los demandantes.

4.- CONDENO a "BANKIA, S.A." al pago de las costas causadas a la parte demandante derivadas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, indicando que contra la misma cabe presentar recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a partir de su notificación. Para su admisión a trámite será necesario en todo caso que al tiempo de interponer el recurso la parte recurrente haya constituido el depósito para recurrir, conforme a los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposición adicional 15 de la LOPJ, debiendo acreditar tal extremo mediante resguardo del ingreso o transferencia que deberá acompañar al escrito de interposición del recurso.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio literal para su unión a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: La sentencia que antecede ha sido dictada, leída y publicada por el Ilmo. Magistrado-Juez que la suscribe, en acto de Audiencia Pública celebrado en el mismo día de su fecha. Doy fe.