

Roj: SJPI 64/2017 - ECLI:ES:JPI:2017:64
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Madrid
Sección: 89
Nº de Recurso: 500/2016
Nº de Resolución: 70/2017
Fecha de Resolución: 17/03/2017
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAMON MANZANARES CODESAL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la ciudad de Madrid, a viernes, 17 de marzo del año 2017

Por el magistrado titular de este tribunal unipersonal, don José Ramón Manzanares Codesal, han sido vistos los autos del juicio ordinario de referencia, seguidos a instancia de IBERDROLA, S.A. (con representación técnica de DON JOSÉ-LUIS MARTÍN JAUREGUIBEITIA y dirección letrada de DON JAVIER MENDIETA GRANDE); frente a BANKIA, S.A. (ostentando su asistencia jurídica DON JORGE CAPELL NAVARRO y su representación técnica DON FRANCISCO DE SALES-JOSÉ ABAJO ABRIL).

Esta sentencia que es dictada en nombre de S.M. EL REY se estructura en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - *La actora ha formulado en su demanda presentada el 9 de mayo de 2016 estas peticiones:*

a) *"la anulación, por error-vicio del consentimiento, de las dos órdenes de suscripción formuladas por IBERDROLA, S.A., los días 19 y 20 de julio de 2011", respectivamente de (i) cuatro millones de títulos, por importe de QUINCE MILLONES DE EUROS (15 000 000 euros), y (ii) catorce millones, seiscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis títulos, por valor de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES, NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (54 999 997,50 euros), "así como a los contratos de suscripción de acciones a los que dieron lugar aquéllas".*

b) *la condena de la demandada a abonar a la actora la pérdida sufrida por la inversión, de 12 368 779,10 euros, de un lado, y 52 473,87 euros de otro, éstos en concepto de comisiones, gastos y cánones abonados.*

c) *la condena también al pago de intereses.*

d) *la condena en costas.*

Admitida la demanda a trámite mediante decreto del 17 de junio de 2016, BANKIA se ha opuesto íntegramente en la contestación presentada el 5 de septiembre de 2016, interesando la condena en aquellas costas producidas en esta instancia a la adversa.

Los hechos de la presente litis quedan reflejados, en lo que a esta resolución conciernen, en sede de fundamentos jurídicos.

SEGUNDO. - *Consumada la fase escrita de alegaciones mediante la admisión a trámite*

de la demanda, de un lado, y la contestación a la misma tras el emplazamiento y personación de la parte demandada, de otro, fueron las partes convocadas a la audiencia previa -celebrada los días 2 y 5 de diciembre de 2016-- en la que: **a)** patentizaron la inexistencia de acuerdo sobre el litigio; **b)** pudieron alegar sobre cuestiones procesales que pudieran impedir la válida consecución y término del proceso; **c)** no lograron la conformidad sobre los hechos que apoyaban sus peticiones (art. 281.3 LEC); y, **d)** propusieron los medios de prueba que estimaron útiles y pertinentes para basar en ellos sus pretensiones, resolviendo el Juzgado sobre ellos, según consta en el soporte audiovisual de esta audiencia.

Las partes fueron citadas al acto del juicio que se señaló para la práctica de la prueba admitida.

TERCERO. - Los medios de prueba que, habiendo sido propuestos y admitidos en la audiencia previa, se practicaron en las dos sesiones del juicio, celebradas los días 9 y 10 de marzo, fueron:

I.- Interrogatorio en las personas de:

---DON Jeronimo, director de riesgos de IBERDROLA, economista Y licenciado en Ciencias Empresariales acumula 28 años de experiencia profesional en el sector bancario, principalmente dedicados al análisis de riesgos del sector financiero.

---DON Modesto, director de J.P. MORGAN SECURITIES, PLC, para el área del sur de Europa, en que se encuentra incluida España. Al tiempo de la OPS era presidente de este banco en España, ingeniero industrial con experiencia en banca desde 1989, en que comenzara a trabajar para GOLDMAN SACHS GROUP, INC.

---DON Santos, al tiempo de la oferta pública de acciones de que trae causa este procedimiento responsable de emisiones de renta variable de J.P. MORGAN SECURITIES, PLC, para el sur de Europa. Atesora experiencia desde 1999 en salidas o bolsa y ha intervenido en ellas en número de 300 o 400. Es licenciado en Económicas.

---DON Carlos María, en 2011 responsable del área de mercado de capitales de renta variable de BANK OF AMERICA MERRILL LYNCH, de donde pasó a la mercantil suiza UBS AG. Su experiencia profesional, siempre en inversiones, comenzó a fraguarse en 1997. Es licenciado en Derecho y Empresariales.

---DON Adolfo, al tiempo de la OPS especialista en banca de inversión del BANK OF AMERICA MERRILL LYNCH, donde prestó servicios durante 17 años, hasta 2011, en que pasó a desarrollar una función similar en el banco privado de inversión UBS AG. Es ingeniero del ICAI.

---DON Bienvenido, director económico-financiero de IBERDROLA, con experiencia profesional previa en J.P. MORGAN SECURITIES, PLC, las extinguidas ARGENTARIA BOLSA SOCIEDAD DE VALORES Y BOLSA, S.A., y BANCO DE NEGOCIOS ARGENTARIA, S.A., la fusionada ARGENTARIA y el BBVA. Es licenciado en Derecho y Administración de Empresas.

II.- Examen de documentos.

III.- Interrogatorio de personas jurídicas (J.P. MORGAN SECURITIES, PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA; MERRILL LYNCH INTERNATIONAL y DEUTSCHE BANK AG FILIALE LONDON, intentada a través de DEUTSCHE BANK, S.A.).

IV.- Pericial, a cargo de un lado de DON Esteban, y de otro de DON Héctor y DOÑA Eulalia, si bien DOÑA Eulaliano ratificó el informe.

Terminada la fase probatoria, los señores letrados de las partes por su orden formularon resumen de las pruebas, ratificándose acto seguido en los hechos y fundamentos de derecho alegados en los escritos de demanda y contestación, y suplicando finalmente que fuera dictada sentencia conforme a los suplicos de uno y otro.

En la sustanciación del proceso han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Cuestiones previas.

I.- LA ACCIÓN EJERCITADA, SU LÍMITE Y EL EFECTO DE RETROACTIVO

Toda vez que en palabras de CASTÁN TOBEÑAS "*la nulidad de los actos y negocios jurídicos es uno de los conceptos más confusos del Derecho civil*", atendido el *thema decidendi* de esta litis se hace oportuno un abordaje sucinto.

A diferencia de sistemas que sólo distinguen dos categorías de ineficacia (casos del alemán "Bürgerliches Gesetzbuch" --nulidad e impugnabilidad-- y del "Codice Civile" italiano --nulidad y anulabilidad--) al entender de la doctrina mayoritaria el Código civil español reconoce las siguientes cinco: **a)** inexistencia por falta de elemento esencial (*art. 1261 CC*), en la que se incardina la llamada "*nulidad estructural*"; **b)** nulidad de pleno derecho o absoluta, cuando una prescripción legal es contravenida; y **c)** anulabilidad o nulidad relativa, supuesto en que el negocio posee los elementos esenciales y no es antijurídico, pero adolece de algún vicio relevante, principalmente del consentimiento. También se cuentan, ya sin relación con es caso planteado, **d)** la rescisión y **e)** la resolución.

En el caso presente, IBERDROLA ha ejercitado única y exclusivamente una acción extintiva, de nulidad relativa de un negocio jurídico. Esto conduce a considerar que el suplico del escrito rector ha excedido los límites de la acción.

Generándose los contratos por el concurso de oferta y aceptación, esta sentencia no podría en ningún caso estimar la solicitud de declaración de nulidad de las propias órdenes de IBERDROLA (esto es: de sus propias declaraciones de voluntad), como su suplico interesa ("*la anulación [...] de las dos órdenes de suscripción formuladas por IBERDROLA, S.A., los días 19 y 20 de julio de 2011*"), dado cualquier declaración de nulidad de un negocio sinalagmático lo es del negocio y no de elementos aislados del mismo; menos aún de la voluntad de quien acciona.

Si bien la demanda solicita las sumas que se recogen en sede de antecedentes, en forma que pareciera pretensión independiente, en esta sentencia se consideran los efectos de la retroacción de cualquier acción extintiva precisamente eso, efectos o secuelas de la única acción ejercitada, y no solicitudes independientes y acumuladas a la acción extintiva.

II.- LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA AD CAUSAM ALEGADA POR BANKIA, DERIVADA DE LA ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE SUS ACCIONES POR LA ACTORA. SUBSIGUIENTE PÉRDIDA DE OBJETO

Constituye opinión unánime de doctrina científica y jurisprudencial que sea llamado "*objeto del juicio*" (*arts. 12.2, 301.1 y 360 LEC*), "*objeto del litigio*" (*arts. 43.I y 218.3 LEC*), "*objeto del proceso*" (*arts. 76.1.2.º, 281.3, 283.1 y 419 LEC*) u "*objeto del pleito*" (*arts. 337.2, 387 y 389.I*), el mismo se encuentra formado por tres elementos: (i) el *petitum* o suplico, (ii) entre concretos sujetos, (iii) con una concreta causa de pedir (integrada a su vez de fundamentos de hecho y aquéllos otros de Derecho [*arts. 218.1.II y 222.2.II LEC*]).

Concurren indicios de que la causa *petendi* se ha vaciado en uno de sus elementos esenciales,

toda vez que la enajenación de títulos por IBERDROLA ha extinguido y agotado la relación jurídico-negocial privada de tracto sucesivo que los mismos incorporaban.

Abordando la ineficacia:

A.- Extinguido un negocio jurídico parece razonable que no pueda declararse (acción declarativa) o 'constituirse' (acción constitutiva) otra vez la extinción del mismo:

En cuanto a la nulidad radical, por la inexistencia de apariencia de contrato que deshacer. En palabras de ALBALADEJO GARCÍA, *"cuando alguien se ampara en la existencia de una apariencia de validez es preciso (...) ejercitar la correspondiente acción - o excepción-- encaminada no a atacar el negocio ni a borrar sus efectos (que ya faltan desde antes) sino a destruir aquella apariencia"*. En este caso, perfeccionada la venta por IBERDROLA, no ha sobrevivido apariencia de validez de la primitiva relación negocial, incorporada a la titularidad de aquellas acciones.

Tampoco ha sobrevivido el contrato que IBERDROLA reputa viciado, en forma que los vicios habiliten el ataque.

El negocio jurídico y el nexo que trabó a accionista y entidad financiera, han desaparecido, ergo no podría desplegar efectos hallándose extinto y agotado.

En cuanto a la tercera acción extintiva por antonomasia, la resolutoria (iii) el artículo 1124 CC declara que *"la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe"*. En consecuencia *"el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos"*.

De nuevo faltaría el *prius* insoslayable del viejo negocio jurídico desplegando efectos (es decir: todavía eficaz).

B.- No obstante, las dudas sobre el posible vaciado de la causa *petendi* se arrumban aquí -- desestimando en consecuencia la excepción de fondo planteada por BANKIA--, al no existir pronunciamiento alguno coincidente de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, superior instancia que conocerá en su caso el recurso de apelación contra esta resolución, y sí solo algunos -muy pocos-- de sendas audiencias provinciales españolas, sostenedoras del posicionamiento anterior (letra A), que abrazan también otros ordenamientos jurídicos.

Como colofón, es menester tener presente que tampoco admite nuestro Tribunal Supremo el vaciado de la pretensión cuando media extinción del negocio jurídico y agotamiento de efectos.

III.- LA CADUCIDAD INVOCADA POR BANKIA

A.- En palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *"la doctrina y la jurisprudencia consideran modernamente que no se trata de un plazo de prescripción, sino de caducidad"* el recogido en el artículo 1301.I CC, no cabiendo por ende interrupción y pudiendo ser apreciada de oficio. *"La letra del precepto da pie para entenderlo así, puesto que literalmente dice que la acción 'durará' cuatro años, eludiendo la referencia al concepto de prescripción"*.

No obstante son los dos argumentos siguientes del mismo autor los que resultan capitales al punto de abrazar la naturaleza de caducidad en esta sentencia: *"En favor de la misma solución, desde el punto de vista dogmático, se encuentra el hecho (...) de que la acción pueda ser considerada como un derecho potestativo o de configuración jurídica. En el orden de una jurisprudencia de intereses, puede señalarse, en la misma línea, la existencia de un interés general en una clara y pronta definición de la situación jurídica, por exigirlo"*

así la seguridad jurídica y el tráfico".

En contra del posicionamiento que aquí se sigue, en la literatura científica LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVERRÍA, y en la jurisprudencia las SS. TS 1.^a 27.III.1987 y 1.II.2001. A favor, en la primera el citado DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, DE CASTRO Y BRAVO, CASTÁN TOBEÑAS, ALBALADEJO GARCÍA y PUIG BRUTAU, y en la segunda las SS. TS 1.^a 17.II.1966, 11.V.1966, 5.XII.1981, 25.VII.1991, 3.VII.1992 y 21.III.1997.

En palabras de la clásica STS 1.^a 20.II.1928, "de los tres momentos que hay en cada contrato, a saber: de perfección, de consumación y de terminación, es evidente que cuando son varios (...) los actos a realizar y dependientes algunos de los otros, durante el desarrollo del contrato, éste no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones: así, atendiendo al valor gramatical de la palabra, se deduce de la definición que en el Diccionario de la Lengua da al verbo 'consumar' y de este modo se ha declarado también en la sentencia de este Tribunal Supremo, de 24 de junio de 1897". En concordancia las SS. TS 1.^a 19. I.1957, 27.III.1989 y 11.VI.2003.

La sentencia número 769/2014 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada el 12.I.2015 en méritos del recurso número 2012. 2290, ha plasmado el criterio (reiterado en las SS. TS 1.^a 376/2015, de 7 de julio de 2015. y 489/2015, de 16 de septiembre de 2015) que es acogido en esta resolución por los mismos argumentos. Dada su claridad expositiva sirva citar el fundamento jurídico quinto, que en su arábigo 4, empieza pronunciándose del siguiente tenor:

"El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término 'consumar' la de 'ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico'. La noción de 'consumación del contrato' que utiliza el precepto en cuestión -el artículo 1301.III CC -- ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. (...).

El arábigo 5 continúa:

"Al interpretar hoy el artículo 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a la 'realidad social del tiempo que [las normas] han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas', tal y como establece el artículo 3 del Código Civil.

(...)

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en ambos casos como el que es objeto de recurso no puede interpretarse la 'consumación del contrato' como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1301 fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba -a-- los contratos, permitía que en contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la 'actio nata', conforme al cual el computo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

(...)

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbrido acodadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

B.- En el caso de autos, un conjunto de eventos, todos objeto de la mayor publicidad en los medios de comunicación social, acaecieron el mes de mayo de 2012. Si algunos o todos pudieron pasar desapercibidos para un inversor minorista, no parece razonable extender esas dudas a una inversora profesional de la entidad de IBERDROLA, que adquirió acciones por valor de varias decenas de millones de euros (en la moneda antigua, más de once mil seiscientos millones de pesetas).

Éstos fueron los principales jalones de aquel mes de mayo de 2012:

El día siete fue objeto de publicación una inyección de capital del FROB, de 10 000 millones de euros.

El día nueve se produjo la nacionalización del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A. (BFA), matriz de BANKIA. La Administración del Estado adquirió el 45% de BANKIA.

El día 25 la CNMV suspendió la cotización de acciones de BANKIA a petición de la propia entidad, pidiendo ese mismo día su Consejo de Administración 19 000 millones de euros de dinero público y dimitiendo sin solución de continuidad.

El día 28, lunes, el Consejo de Administración del BFA anunció la reformulación de cuentas del año 2011, declarando una pérdidas de 3318 millones (en vez de los beneficios detallados en la contabilidad anterior).

En esta sentencia se considera que con seguridad y cuanto menos el 25 de mayo de 2012, una inversora cualificada de la entidad de IBERDROLA conocía el gravísimo compromiso que atenazó a las acciones de BANKIA, no encontrándose agotado el plazo cuatrienal el 9 de mayo de 2016, día en que fue presentada la demanda.

SEGUNDO. - PLANTEAMIENTO CLÁSICO DEL ERROR-VICIO EN LA DOCTRINA LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y CIENTÍFICA

I.- INTRODUCCIÓN

Conviene señalar que en aplicación de la doctrina clásica del error-tipo, vigente antaño y hogaño para la casi totalidad de negocios jurídicos, con excepción reciente de los financieros (para los que el Alto Tribunal ha establecido importantes excepciones), la demanda de IBERDROLA nunca podría recibir favorable acogida, al carecer de entrada el error del imprescindible carácter esencial. Empero, de la doctrina excepcional que se abordará en el fundamento tercero, parece colegirse que ese requisito no faltaría.

Esta reconfiguración del Tribunal Supremo ha sido elaborada en resoluciones atinentes a recursos de inversores minoristas. No existe, pues, jurisprudencia en sentido estricto (esto es: del Alto Tribunal) que haya sentado el criterio que los tribunales unipersonales y colegiados del Estado deban secundar cuando de negocios financieros se trate -sobre los que

ha sentado nuevos criterios y principios--, pero de inversores profesionales. En consecuencia, en esta sentencia se repasará la creación jurisprudencial existente al día de la fecha, intentando inferir de ella la que el Alto Tribunal consideraría aplicable al caso.

II.- PERFILES CLÁSICOS DEL INSTITUTO

A.- El artículo 1300 CC enuncia que *"los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley"*, teniendo declarado la jurisprudencia (entre otras, SS. TS 1.^a 27.XI.1998, 21 .I.2000 y 20.XI.2001) que la palabra "nulidad" empleada en los artículos 1300 ss CC debe entenderse *"como correspondiente a la figura doctrinal de la anulabilidad"*.

Resumiendo la doctrina clásica del error que constituye vicio del consentimiento, de manera genérica declaró el Alto Tribunal en el fundamento cuarto de su STS 1.^a 21.XI.2012, número 683/2012, lo siguiente:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 765/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2012, de 12 de noviembre, entre muchas-- . Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -*pacta sunt servanda*-- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato *constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad-- , deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una lex privata (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 19 de febrero de 1977--.*

I.- (...)

II.- Dispone el artículo 1266 del Código Civil 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 - *sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994; y de 29 de marzo, entre otras muchas-- , esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-- . Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones-- respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.*

III.- (...)

IV.- Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas puede ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - *sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras-- . Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquéllas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano"*.

B.- LA ESENCIALIDAD DEL ERROR

El principio *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, (ex art. 217 LEC [antiguo 1214 CC]) y los también específicos del proceso civil: dispositivo y de aportación de parte (art. 216 LEC [da mihi factum, dabo tibi ius, o *judex iudicita secundum allegata et probata*]) encomiendan a los litigantes la carga de la prueba (*onus probandi*).

Así, *"corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición"* (art. 217.2 LEC), en este caso, haber prestado consentimiento en el doble contrato de adquisición de acciones, en base a la certeza y exactitud de la contabilidad de BANKIA, de modo que constituyeran ambas (certeza y exactitud) *condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo*".

Lejos de ello, la parte actora no ha desplegado medio de prueba de solidez jurídica mínima, tendente a acreditar que exactitud y certeza de esa contabilidad constituyeran elementos esenciales en su formación de conocimiento, primero, y voluntad después. En este sentido el Alto Tribunal, una vez más (STS 1.^a 19.IX.2015, con ponencia del Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo), ha recordado que *"el error vicio ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-- que hubieran sido causa principal de la celebración del contrato"*, y, naturalmente, esas presuposiciones hayan sido probadas.

DON Bienvenido, testigo y director económico-financiero de IBERDROLA, fue el autor de la propuesta de inversión que su mercantil aceptó, contenida en el documento 3 de los acompañados con el escrito rector con el título "Dossier de Inversión".

DON Bienvenido, que afirmó rotundamente en sala no haber recibido sugerencia o propuesta alguna de ninguna de las Administraciones Públicas sobre para llevar a cabo la operación financiera, patentizó que el interés que inspiró la operación fue exclusivamente la rentabilidad, siendo sólo a preguntas del tribunal cuando declaró -él, y sólo él, no así el resto de intervinientes: DON Jeronimo, DON Modesto, DON Santos, DON Carlos Maríay DON Adolfo-- que *"el 100%"* de su propuesta descansaba en la basa de la contabilidad de BANKIA, tal y como ésta era entonces conocida.

No obstante, en su "Dossier de Inversión" puede leerse

"Se plantea la participación de IBERDROLA en la salida a bolsa de BANKIA (...). La argumentación principal del encaje estratégico reside en el hecho de que la salida a bolsa de BANKIA se trata de una operación de carácter sistémico para España (...).

Una colocación exitosa de BANKIA tendría efectos positivos en el riesgo de España, que se verían reflejados tanto en la prima de riesgo como en el CDS español, y por tanto en los costes de financiación de las compañías con sede en España, como es el caso de IBERDROLA, que se ven afectadas por el riesgo España pese a su carácter multinacional. El CDS y los costes de financiación de IBERDROLA tienen correlación con el CDS español, y una salida a BOLSA exitosa de BANKIA ayudaría a mitigar los costes de financiación de IBERDROLA y mejoraría su capacidad de acceso a los mercados en un contexto de mejor percepción de España"

"Entrando en el detalle concreto de los atractivos de BANKIA como inversión (adiciones a su carácter sistémico), como desarrollaremos más adelante, se considera que la inversión en BANKIA puede ser rentable a medio plazo, ya que la entrada se producía con un descuento elevado sobre el valor en los libros - exactamente, el 50%--, y se trata de un conglomerado con capacidad suficiente para afrontar en el tiempo ajustes adicionales que pudieran ser necesarios en caso de un mayor deterioro de la situación de España y con ello, del riesgo inmobiliario o de financiación de mercado, sin necesidad de llevar a cabo grandes ampliaciones de capital que pudieran ser dilutivas para los inversores. Los años más duros

del plan de negocio de BANKIA son los primeros.

Se trata de un banco que parte de una sólida posición de capital con un Core Tier 1 del entorno del 9,5% bajo la normativa de Basilea III y que obtendrá unos fondos en la OPV de un mínimo de 4 000 MM euros. De esta forma cuenta con cierto colchón de capital para afrontar nuevos saneamientos. Adicionalmente la aplicación de los requisitos de solvencia de Basilea III es progresiva en el tiempo, lo que aumenta la flexibilidad.

Adicionalmente, el hecho de que se haya separado BFA y los activos 'malos' del balance de BANKIA, tras haber realizado ya provisiones para los mismos contra fondos propios, supone un cortafuegos importante para BANKIA y disminuye su riesgo. En caso de problemas de liquidez de BFA, BFA podría sacar a bolsa un nuevo porcentaje de BANKIA, lo que acarrearía riesgos de overhang, aunque dado el nivel de saneamiento previo ya realizado, que detallamos más adelante, entendemos que este riesgo es limitado".

Se desprende de lo transcrito que la contabilidad no alcanzó la categoría de "causa principal de la celebración del contrato", en palabras de la STS 1.^a 19.IX.2015, y sí, sólo, de elemento importante. Preguntado por los principales motivos del contrato, DON Bienvenido verbalizó en sala dos: (i) que "salía barata" la compra -en tanto IBERDROLA adquiriría con una reducción del 50% sobre el valor contable- y (ii), la previsión de que, en cinco años, multiplicaría por cinco los beneficios.

Esto es: citó como esenciales sendos criterios de rentabilidad.

Redunda en la consideración de que la contabilidad no constituyó "causa principal de la celebración del contrato" otro momento de la declaración de DON Bienvenido prestada en sala el 10 de marzo de 2017, con ocasión de justificar la venta del 70% del paquete accionario a los pocos meses de la compra. Con claridad aseveró que la actora se deshizo de ese porcentaje no por el afloramiento de irregularidades contables de BANKIA, sino merced a una causa radicalmente ajena: la baja aceptación del producto en el mercado institucional internacional.

El concreto móvil de la enajenación -móvil que expande sus efectos hasta la previa adquisición, en tanto indicio de que esta obedeció a la misma motivación-- fue que la OPS "no se colocó como se esperaba a inversores institucionales extranjeros", quienes desconfiaban no ya de la situación de BANKIA en concreto, sino de la general de España, polarizada en el giro "riesgo país" (esto es: el riesgo de la economía española en el año 2011 y en su conjunto). En consecuencia IBERDROLA vendió la mayor parte de su paquete accionario antes de que el título, como preveía, se depreciara (como efectivamente y de forma alarmante se depreció).

Los testigos-peritos, la mayoría altos directivos al tiempo de la OPS de los bancos cooperadores J.P. MORGAN y MERRILL LYNCH (DON Adolfo, DON Modesto, DON Carlos Maríay DON Santos) en sus detalladas declaraciones no han contradicho o cuestionado, ni siquiera parcialmente, lo expuesto en su declaración del día 10 de marzo de 2017 por DON Bienvenido. Ningún interviniente en el proceso, salvo éste, se hizo eco del carácter esencial de la contabilidad en la decisión de adquirir. La esencialidad, pues, no ha resultado demostrada.

Esta falta de prueba impediría igualmente apreciar dolo en la demandada, siendo que el mismo habría consistido en la utilización de "palabras o maquinaciones insidiosas" relativas a concretos aspectos de la información, en virtud de las cuales fuera "inducido el otro -- contratante-- a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho" (art. 1269 CC).

En esta consideración clásica de la esencialidad del error-vicio (siempre necesitado de prueba) coincide nuestra mejor doctrina científica, pudiendo citarse entre ella a SÁNCHEZ ROMÁN, PUIG PEÑA, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER Y MICÓ, PUIG BRUTAU, LACRUZ

BERDEJO, DE CASTRO Y BRAVO, GARCÍA CANTERO y DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

Finalmente, cabe traer a colación una máxima de la experiencia avalada por la Teoría Económica, consistente en la inexistencia de relación directa entre la contabilidad de una mercantil y el devenir de sus acciones en el mercado en que cotizan, devenir sujeto a importante número de factores exógenos, ampliamente estudiados por los analistas.

No siendo esencial el error, la demanda no podría prosperar, deviniendo innecesario analizar el segundo requisito (la excusabilidad).

TERCERO. - LA REFORMULACIÓN DEL ERROR-VICIO EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

I.- PLANTEAMIENTO RELATIVO A CONTRATOS DE MINORISTAS

Se hace preciso sintetizarlo en tanto el Alto Tribunal no se ha pronunciado todavía sobre un supuesto de una inversión profesional o cualificada. Del reducido cuerpo jurisprudencial atinente a operaciones de minoristas debe extraerse el criterio aplicable en relación a los dos elementos (esencialidad y excusabilidad), ejes de abscisas y coordenadas del error-vicio.

En los años 2013 y siguientes ha visto la luz una doctrina excepcional que ha modificado parcialmente la Teoría del Negocio Jurídico, extendiendo su aplicación únicamente a contratos financieros. Esta doctrina reformadora, complemento del ordenamiento jurídico ex *artículo 1.6 CC*, ha versado sobre se diversas figuras, pudiendo citarse en primer lugar (A) la asimilación del instituto del error con la falta de representación o representación insuficiente, exonerando de responsabilidad también en el segundo caso al inversor y trasladando la misma a la entidad financiera. En segundo (B), el incumplimiento de obligaciones administrativas de las entidades ha devenido presunción esencial del contenido psicológico o intelectual del consentimiento de los inversores. En tercero (C), el examen individualizado de la esencialidad del error (supuesto a supuesto), ha cedido ante una presunción generalizada. En cuarto (D), si la entidad no ha demostrado que ha cumplido sus deberes, entre los que se encuentra el de ofrecer una información real, de invocar el incumplimiento un inversor, ha de estimarse que los deberes fueron incumplidos.

Del análisis de estas modificaciones podrá colegirse el previsible parecer del Alto Tribunal en el presente caso, en que sin género de duda la parte actora es un cualificado inversor.

A.- En uniforme interpretación del *artículo 1266.I CC* el Alto Tribunal había venido reiterando una clara separación entre el error, de un lado, y la falta de representación, de otro, consistiendo el primero en una *"intelección defectuosa de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad"* (STS 1.^a 19.II.1996), o en *"el concepto equivocado o juicio falso sobre la materia en que recayó el consentimiento"* (STS 1.^a 16.II.1935), en tanto la segunda era definida como *"ausencia de conocimiento de uno o varios elementos esenciales del conjunto negocial"*.

Del conjunto de resoluciones que se citarán se desprende que la frontera entre ambas figuras se ha desvaído, aparentemente sólo cuando de inversores minoristas se trata.

En cuanto al error del contratante que había desplegado una mínima diligencia (diligencia en que descollaba, *ab initio*, la general y básica de no contratar aquello que no se comprendía, máxime cuando la contratación era de importe económico alto o muy alto), esa diligencia era la que integraba el carácter excusable del mismo. *"Aun cuando el Código civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable -razonaba la clásica STS 1.^a 14.VI.1943-, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia, no puede ser invocado por el que haya incurrido en él"*.

Con carácter general, el elemento intelectual del consentimiento era estrictamente subjetivo (debiendo explorarse la mayor parte de las veces a través de prueba indiciaria mediante el estudio del comportamiento de quien alegaba el vicio), en tanto el cumplimiento de obligaciones administrativas era objetivo y material.

Esta premisa ha sido objeto de intensa transformación, anudándose el comportamiento de las entidades, contrario a su normativa, no a la nulidad radical del artículo 6.3 CC, sino a la pureza del consentimiento del inversor, y por ende al instituto de la anulabilidad. Esta interrelación **(i)** comenzó siendo tímida (SS. TS 1.^a Pleno, 20. I.2014, 10.IX.2014 y 12. I.2015), **(ii)** pasó a ser algo más decidida (STS 1.^a 16.IX.2015) y **(iii)** terminó siendo firme (STS. 1.^a 13.XI.2015).

En las tres primeras resoluciones del Alto Tribunal puede leerse que la diligencia de que hablamos...

"(...) 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 (...) siendo preciso para apreciar la diligencia exigible si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Así se declaró en la sentencia de esta Sala número 113/1994, de 18 de febrero "

La STS 1.^a 16.IX.2015 incrementó la influencia:

"(...) la ausencia de información adecuada -la contable de BANKIA-- no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta Sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero , entre otras".

Finalmente el consentimiento quedó lisa y llanamente determinado por la actuación de la entidad financiera en la STS 1.^a 13.XI.2015.

"Como declaramos en las sentencias del Pleno números 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 460/2014, de 10 de septiembre, '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 suministrarla 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'" - equiparación del error con la falta de representación intelectual, en tanto la alegación de la parte inversora había consistido en desconocer el riesgo--.

"Cuando no existe la obligación de informar -continuaba la resolución--, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria (...). 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 (...) sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (...)". "En tal caso -concluye el razonamiento-- la omisión de esa información, o la facilitación de una (...) incompleta, poco clara -con más motivo si es inexacta, censura que esgrime IBERDROLA- (...) determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable" -'contraparte' a la que el Alto Tribunal parece referirse en ésta y otras sentencias de modo general o global, sin acotar el alcance a los minoristas--.

Incluso la diligencia exigible al inversor, tal y como se encuentra delimitada de antiguo en consolidada jurisprudencia, ha menguado en extremo para estos inversores.

No se encuentra obligado a estudiar el contrato financiero antes de perfeccionarlo; y ello ni cuando las cláusulas se encuentran " *redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa*". En esta línea la STS 1.^a 13.XI.2015, que con mención de las del Pleno 840/2013 y 460/2014, critica el parecer contrario de una audiencia provincial del siguiente modo:

"Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante -inversora-- podría haberlo evitado con una diligencia regular o media, mediante la simple lectura del contenido del contrato suscrito, integrado por cláusulas redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa.

(...) Como ya declaramos en las sentencias números 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015 (...) es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes (...)".

El inversor no profesional se encuentra exento también de leer siquiera el folleto informativo que ha recibido, toda vez que sería conocedor de la 'opinión' del instrumento financiero de 'ámbitos de la sociedad'. Lo explica la STS 1.^a 3.II.2016, a propósito del folleto informativo de la oferta pública de suscripción de acciones en cuyo tramo institucional intervino IBERDROLA:

"Que cada concreto inversor haya leído en su integridad el folleto presentado ante la CNMV o no lo haya hecho, no es tan relevante, puesto que la función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que (...) no han de haber leído necesariamente el folleto (...)".

B.- Derivado de lo anterior, el conjunto de obligaciones de Derecho administrativo que pesó sobre las entidades financieras (esencialmente recogido en la LMV y el RD 217/2008), integra parte del negocio jurídico-privado, toda vez que el cumplimiento o incumplimiento de las mismas 'determina' (como se ha desgranado en la letra A), la presencia o no del elemento intelectual del consentimiento inversor.

La STS 1.^a Pleno, 8.VII.2014, perfiló la "*doctrina fijada por esta Sala en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento español se efectuó por la Ley 47/2007, que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008-*". Estas obligaciones administrativo- financieras abarcan la ilustración del cliente, imparcial, clara y comprensiblemente, de los siguientes puntos: (i) el instrumento financiero en cuestión, pero también otros, en orden a que el inversor opte con pleno conocimiento de causa, (ii) los riesgos de cada operación especulativa, (iii) las estrategias de inversión, (iv) orientaciones relativas a los instrumentos financieros, y a las estrategias de los mismos, así como, (v) advertencias que atañan a unos y otras.

Otras resoluciones del Alto Tribunal y las AA. PP. han incidido (vi) en la cristalización del vicio del consentimiento si la entidad no ha cuidado "*de los intereses de los clientes como si fuesen propios*", o no ha cumplido el deber "*en situación de conflicto, de dar prioridad a los intereses de sus clientes*" (ambas citas de la STS 1.^a 13.XI.2015).

Volviendo a las obligaciones normativas cuyo incumplimiento determina el vicio del elemento intelectual, la STS 1.^a Pleno, 8.VII.2014 enuncia:

"Se dijo, y se mantiene, que la habitual desproporción que existe entre la entidad que

comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado (...) a la que ya se había referido esa Sala en la STS número 144/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 (...) en la que (...) se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y en concreto el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora, esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación del error vicio del consentimiento.

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

Descendiendo al detallista RD 217/2008, de 15 de febrero, regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, con el título 'evaluación de la conveniencia' su artículo 73 dispone:

"A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio -LMV -, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional".

El artículo 72 del mismo Real Decreto, por su lado, bajo el epígrafe 'evaluación de la idoneidad', señala en consonancia con el 79 bis. 6 LMV que en los casos de asesoramiento las entidades deberán obtener previamente información de los inversores en fase precontractual, asegurándose de que la misma:

" a) (...)

Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...). En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente (...)".

La STS 1.^a 10.VII.2015 concluye que el incumplimiento de estos deberes:

"(...) constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes (...). Aunque esta sentencia -se está refiriendo el TS a la suya de 18.IV.2013-- se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el artículo 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero".

C.- LA ESENCIALIDAD DEL ERROR

En el nuevo marco interpretativo que se está repasando se considera que genéricamente (esto es: no en algunos casos concretos) la esencialidad es consecuencia de los deberes citados incumplidos. *Verbi gratia* la STS 1.^a 3.II.2016 asevera que *"no hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes (...) los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores"*. Los 'pequeños inversores' son citados como especie, dentro del género inversor.

Esta afirmación, que las *"graves inexactitudes"* *"habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores"*, no puede entenderse ajena a los inversores profesionales. Sentada la vinculación 'causa - efecto' de la contabilidad de BANKIA con la depreciación de sus acciones (vinculación presente en todas las sentencias del Tribunal Supremo analizadas) si los minoristas vieron truncada su expectativa de rentabilidad por las inexactitudes contables; la de los profesionales ha de entenderse que fracasó por idéntica causa.

El Tribunal Supremo concede carácter de notoriedad a este error. En concreto la STS 1.^a 9.V.2013 manifiesta:

"El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la 'verdad procesal' y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica notoria 'non egent probatione' (el hecho notorio no precisa prueba), a que se refieren las SS. TS 95/2009, de 2 de marzo, 114/2009, de 9 de marzo y 706/2010, de 18 de noviembre, dispone en el artículo 281.4 LEC que 'no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general'. La norma no define qué debe entenderse por 'notoriedad absoluta y general', y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso '(...) han de tener unas características rotundas y ser conocidos de una manera general y absoluta'-".

"Pero -continúa la sentencia-- es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento 'general y absoluto' por todos los miembros de la comunidad. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal--, ya entre los ciudadanos medios miembros de la comunidad cuando se trate de materias de interés público, ya entre consumidores que forman parte del segmento de la comunidad (...) -ámbito de difusión del conocimiento--, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial--, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, quedan exentos de prueba".

D.- En cuarto lugar, cuando el inversor que ha visto defraudadas sus expectativas de

rentabilidad alega que la entidad no cumplió sus obligaciones, tanto si la entidad elige no probar haber cumplido, como si no lo hace debido a que le resulta imposible -en la casuística ordinaria, jubilación de empleados que intervinieron en la operación, fallecimiento o, simplemente, imposibilidad de recordar con seguridad mínima de quien ha acudido a prestar testimonio de lo que sucedió 3, 5 u 8 años atrás-- en sentencia esas obligaciones han de estimarse incumplidas.

En este sentido la *STS 1.ª 16.IX.2015* dictamina:

"La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión (...), son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada --la entidad financiera--, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada.

Al no haberlo hecho así, al haber hecho recaer sobre la demandante - inversora-- las consecuencias negativas de que no exista prueba (...) la sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la prueba aplicable, dadas las características de la acción ejercitada y la materia sobre la que recae".

De esta modificación jurisprudencial se hacen eco, entre muchas, las *SS. Audiencia Provincial de Madrid: Sección 8.ª, recurso de apelación 446/2016, 18.VII.2016; Sección 9.ª, recursos de apelación 275/2016-5, 16.VI.2016 y 595/2016 - 5, 15.VII.2016; Sección 11.ª, recurso de apelación 553/2015, 30.VI.2016; Sección 13.ª, recurso de apelación 130/2015, 11.XII.2015; Sección 14.ª recursos de apelación 192/2016, 8.VI.2016 y 511/2016, 30.IX.2016; Sección 19.ª, recurso de apelación 473/2016, 29.VI.2016; Sección 21.ª, recursos de apelación 203/2015, 25.V.2016 y 62/2016, 6.IX.2016; y Sección 25.ª, recurso de apelación 265/2016, 10.X.2016.*

II.- PRIMERA APROXIMACIÓN A LA ADQUISICIÓN LLEVADA A CABO POR IBERDROLA, SEGÚN LOS RESPECTIVOS ESCRITOS RECTORES

La exposición del romano precedente, intencionadamente completa aunque en términos sintéticos, tiene por objeto expurgar las claves que permiten resolver el caso planteado por IBERDROLA.

Para la actora (al igual que para la inmensa mayoría de los minoristas que han ejercitado acciones judiciales frente a BANKIA), su error ha radicado exclusivamente en el desajuste de la contabilidad de la oferente de acciones, a la realidad material, al tiempo de perfeccionar su millonaria inversión.

A.- POSICIONAMIENTO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SOBRE LA CONTABILIDAD DE BANKIA EN EL MOMENTO DE LA OFERTA.

Resulta necesario traerlo a colación dado que el Alto Tribunal también en este extremo se ha alejado de su doctrina consolidada.

Es notorio que en méritos de sus diligencias previas de procedimiento abreviado número 2012.59, el Juzgado Central de Instrucción número 4 de Madrid dictó auto el 4 de julio de aquel año admitiendo a trámite una querrela, afirmando en su hecho segundo que *'con fecha 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 (...) una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones (OPS)'*.

El artículo 290 CP, cuyo tipo penal es imputado en la querrela, establece la siguiente acción:

"Los administradores (...) de una sociedad (...) que falsearen las cuentas anuales u otros

documentos que deban reflejar la situación (...) económica de la entidad, de forma idónea para causar perjuicios económicos a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero, serán castigados con la pena de (...)".

Ergo, además de los elementos subjetivos del delito (dolo de perjudicar -con sus componentes intelectual y volitivo-- y en su caso elementos subjetivos del injusto), este ilícito penal especial propio o "*de propia mano*" requiere que los documentos (art. 26 CP) hayan sido falseados, en el sentido de "*adulterados*" o "*corrompidos*" que la RAE confiere al término.

El artículo 40.2 LEC dispone que "*en el caso a que se refiere el apartado anterior - presencia de "apariencia de delito o falta perseguible de oficio"-- no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias: (...). 2.ª 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"*.

Comprendiendo que la jurisdicción penal terminará pronunciándose sobre el ajuste a la realidad o no de la información contable en cuestión, no parece dudoso que ese pronunciamiento desplegará influencia decisiva en el caso de autos toda vez que para IBERDROLA, su inversión gravitaba sobre la misma.

Sin embargo la prejudicialidad penal no puede plantearse por este juzgado toda vez que ha sido interpretada de forma novedosa por el Alto Tribunal en su STS 1.ª Pleno, número 24/2016 (recurso 1990/2015), publicada el 3 de febrero de 2016, con ponencia del Excmo. Sr. Don Rafael Sarazá Jimena.

"(...) la falsedad a que se hace referencia como objeto del proceso penal no es de naturaleza material sino ideológica, la decisión penal acerca de los hechos investigados no tendrá influencia decisiva en la resolución del proceso civil (...)" (fundamento jurídico tercero).

Las "*valoraciones responden a parámetros diferentes en el proceso penal y en el civil. En cuanto a la valoración probatoria, porque en el proceso penal se exige un estándar de prueba más alto que en el proceso civil, al ser necesaria en aquél una prueba de cargo, esto es, más allá de cualquier duda razonable, y tal estándar de prueba no es exigible en el proceso civil. De tal modo que si en el proceso penal no se considera acreditada la falsedad de los documentos contables, en el plano fáctico tal decisión no supondría tanto una declaración de inexistencia de hechos (...) vinculante en el proceso civil, como una afirmación de que no se había alcanzado el estándar de prueba exigible en el proceso penal"* (fundamento jurídico tercero).

Así pues, si bien la sólida prueba pericial aportada por la entidad demandada (única de que se ha dispuesto en este procedimiento) cuestiona vivamente el desajuste a la realidad material de la contabilidad de BANKIA al tiempo de la OPS, y la jurisdicción penal no se ha pronunciado aún sobre el elemento objetivo del tipo de falsedad, el Alto Tribunal ha dejado sentado que un resultado estrictamente matemático (esto es: la exactitud o inexactitud de unas cifras contables) depende en su valoración de que el jurista que la acomete la realice en un procedimiento de Derecho civil o en el público penal, y la Sala Primera ha determinado que en el orden civil los tribunales españoles han de reputar probado lo que para el orden penal no lo está (y puede que nunca lo llegue a estar).

Atendido lo anterior, en esta resolución de un juzgado de primera instancia la contabilidad de BANKIA al tiempo de la OPS debe considerarse falsa.

B.- LA CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD EMISORA, DE QUE DISPUSO IBERDROLA. ESENCIALIDAD DEL ERROR.

De las sentencias reflejadas en el romano I de este fundamento (PLANTEAMIENTO

RELATIVO A CONTRATOS DE MINORISTAS) se desprende que el manto tuitivo extendido sobre los minoristas ha obedecido a dos motivos: (a) su falta de conocimientos financieros y, (b) la falsedad contable de BANKIA. Pues bien: de la motivación del segundo -único que interesa a esta sentencia--, en correcto silogismo debe inferirse que la misma protección habrá de dispensar la jurisdicción civil a los inversores profesionales a quienes BANKIA hurtó también su contabilidad real.

En la prueba practicada, de modo uniforme y pleno de coherencia, firmeza y verosimilitud, los testigos-peritos que han intervenido en el plenario han coincidido en que:

Los datos contables de BANKIA de que dispusieron los analistas internos y externos que ilustraron a IBERDROLA, eran idénticos a los que se plasmarían después en el folleto -tal y como la legislación exige--. Todos los intervinientes insistieron en la absoluta igualdad.

La diferencia entre la información dispuesta por los inversores minoristas y los institucionales o profesionales (diferencia enorme) no estribó en el conocimiento de BANKIA, sino en el contenido de los dictámenes de los analistas a los que tuvieron acceso. Éstos, además de la contabilidad de BANKIA y su grupo, barajaron múltiples variables de Economía y Mercado desconocidas por los minoristas. Las interacciones, efectos y cálculos de esos análisis facilitaron pues a IBERDROLA una información global notabilísimamente superior... pero no en relación a la contabilidad de BANKIA.

A diferencia de los minoristas, IBERDROLA estuvo en el secreto, por ejemplo, de la pobre aceptación de los inversores cualificados extranjeros que desconfiaban del "riesgo país" que lastraba a España, frialdad que, detalló DON Bienvenido, estuvo en el origen de la venta del 70% del paquete accionario de IBERDROLA, antes de que llegaran las grandes depreciaciones.

Resumiendo en esta primera aproximación: (a) considerando el Alto Tribunal que la contabilidad era falsa --para el Derecho privado--; (b) estimando que la emisora incumplió su obligación administrativa de inscribir en el Registro Mercantil la que se ajustaba al principio de realidad; (c) reputada esta contabilidad elemento esencial de la inversión ("*no hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubiera contenido las graves inexactitudes*" contables... [STS 1.ª 3.II.2016]); y (d) no habiéndose alegado por BANKIA que en fase precontractual IBERDROLA dispusiera de distinta información contable, la inferencia natural es que la actora incurrió en vicio del consentimiento esencial y, además, aparentemente excusable.

III.- DECISIÓN FINAL. DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA. AUSENCIA DE EXCUSABILIDAD

En la exigua relación de pronunciamientos de 'jurisprudencia menor' relativa a inversiones en la OPS de BANKIA llevada a cabo por inversores profesionales, descuella con luz propia la *SAP Madrid, Sección 14.ª, 21.XII.2016*. Se trata de una muy elaborada sentencia que con ponencia del Ilmo. Sr. Don Sagrario Arroyo García analiza una inversión en estas acciones de una Mutua.

La sentencia hace suya la esencialidad del error en los nuevos términos del Alto Tribunal, pero echa a faltar la excusabilidad. De esa excusabilidad se estima que adolece también IBERDROLA, aunque no se coincida plenamente con los motivos desgranados por la sentencia:

"Al respecto -indica la Sección 14.ª-- no podemos obviar las SS.TS números 23 y 24/2016 ya citadas, que establecen una clara diferencia entre el pequeño inversor y los inversores profesionales, cualificados o institucionales, pues los pequeños inversores sólo tienen el folleto como medio para obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión

inversores, mientras que, por el contrario, los grandes inversores, los profesionales, cualificados o instituciones ' pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria'. En consecuencia, se trata de determinar si con base a esa información complementaria respecto de la OPS de acciones de Bankia en julio de 2011, -- para-- los inversores cualificados, y en concreto (...), en su condición de inversor profesional e institucional (...), el error era excusable.

Entendemos que en el presente supuesto no puede apreciarse el requisito de excusabilidad del error, en primer lugar, con base al mismo folleto informativo, en el que se hace constar, en el apartado 'Factores de riesgo', en concreto respecto de la 'Exposición al mercado inmobiliario español': 'Los préstamos hipotecarios son uno de los principales activos del BANCO. El BANCO tiene también créditos otorgados a promotores. Las tendencias actuales de las tasas de morosidad, los actuales tipos de interés y el desempleo unido a unos precios de los activos inmobiliarios cada vez más bajos, podrían tener un efecto material en las tasas de morosidad hipotecaria del BANCO, lo que podría influir negativamente en los negocios, situación financiera y resultados del BANCO' (folio 50).

El deterioro del sector inmobiliario ya era conocido en el momento de suscribirse la acciones en julio de 2011, por los inversores profesionales y cualificados. A tal efecto el informe pericial aportado como documento 2 de la contestación: 'El deterioro de la exposición al sector inmobiliario durante 2011 motivó un aumento de las dotaciones de provisiones para su cobertura. Aunque es un hecho generalmente poco conocido por el gran público, gran parte del saneamiento bancario en España fue acometido por parte de las propias entidades, con cargo a provisiones y reservas. En 2011 ese esfuerzo era ya importante, como mostraba el BANCO DE ESPAÑA en su "Nota sobre el proceso de reestructuración de las Cajas de Ahorro, Situación a julio de 2011" de 13 de julio de 2011" (folio 363 vuelto).

La exposición de la nueva entidad BANKIA al mercado inmobiliario no podía pasar desapercibida para los inversores profesionales (...), por lo tanto (...) tal sobre exposición al mercado inmobiliario podía afectar, de manera significativa, al valor de la acción.

De igual modo, no podemos obviar los hechos relevantes comunicados por BANKIA a la CNMV, respecto de la rebaja Moody's: 'Con fecha 6 de julio de 2011, la agencia de calificación Moody's Investors Service ha asignado las calificaciones crediticias de BANKIA, S.A.U., que se sitúan en 'Baa2' a largo plazo y 'Prime-2' a corto plazo, con perspectiva negativa' (Hecho relevante 6/7/2011). Y respecto a la rebaja de Fitch Ratings: 'Con fecha 14 de julio de 2011, la agencia de calificación Fitch Ratings ha asignado las calificaciones crediticias de BANKIA, S.A.U., que se sitúan en 'A-' a largo plazo, y 'F2' a corto plazo. El rating individual se sitúa en 'D' y la perspectiva de las calificaciones es estable (Hecho relevante 14.7.2011). (...). Rebajas del rating que la demandante debió tener en cuenta (...)'".

Abordando el argumentario de esta única sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid:

A.- El Alto Tribunal señaló que los inversores cualificados '*pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria*', no que todos la tengan, ni, en su caso, con qué alcance.

En el presente proceso toda la prueba ha redundado en que IBERDROLA no supo de BANKIA nada distinto de lo que ella misma inscribió en el Registro Mercantil y después publicó en su folleto.

B.- En cuanto a la '*exposición al mercado inmobiliario*' de BANKIA, tampoco se comparte totalmente el criterio de la Sección 14.^a

Constando en el folleto, no cabe considerarla "*información complementaria*" al alcance sólo de inversores cualificados. Los minoristas dispusieron del folleto.

En ninguna página de las enjundiosas periciales de DON Esteban y DON Héctor, únicas de que se ha dispuesto, aparece que las modificaciones contables llevadas a cabo en 2012 derivaran de que en la contabilidad hasta entonces conocida no se hubieran tenido en consideración *"las tendencias actuales de las tasas de morosidad"*, *"los actuales tipos de interés"*, *"el desempleo"*, los *"precios de los activos inmobiliarios cada vez más bajos"* o *"las tasas de morosidad hipotecaria"*. Por otro lado, la reformulación de las cuentas de un año que ha quedado atrás no puede depender de acontecimientos futuros.

Lo que los peritos manifiestan es otra cosa: indican que varios de estos factores ejercieron decisiva influencia en el posterior deterioro de la situación contable existente al tiempo de la OPS (momento al que debe ceñirse esta sentencia).

C.- Efectivamente, como señala la Audiencia Provincial citando un documento también aportado a este juicio por BANKIA, *"el deterioro de la exposición al sector inmobiliario durante 2011 motivó un aumento de las dotaciones de provisiones para su cobertura. Aunque es un hecho generalmente poco conocido por el gran público, gran parte del saneamiento bancario en España fue acometido por parte de las propias entidades, con cargo a provisiones y reservas"*, siendo este esfuerzo en 2011, importante.

Empero, IBERDROLA contaba con esa información, plasmada en la proposición de compra de DON Bienvenido, y no la ha considerado causante de su error. Recuérdese el párrafo de la propuesta de inversión del mismo director económico-financiero (muy desarrollado en el informe de riesgos de DON Jeronimo, también acompañado a la demanda), que decía: *"el hecho de que se haya separado BFA y los activos 'malos' del balance de BANKIA, tras haber realizado ya provisiones para los mismos contra fondos propios, supone un cortafuegos importante para BANKIA y disminuye su riesgo"*.

En su sentencia, la Sección 14.^a añade: *"tal sobre exposición al mercado inmobiliario podía afectar, de manera significativa, al valor de la acción"*.

Sin cuestionar esa posibilidad, cabe afirmar que en este proceso no se ha practicado prueba que haya dejado fijado que la sobre exposición no ya pudiera afectar al valor de la acción, sino que, efectivamente, le afectó.

D.- LAS DOS REBAJAS DE CALIFICACIÓN, DETERMINANTES DE LA INEXCUSABILIDAD

Habiendo vinculado causalmente el Alto Tribunal la contabilidad falsa de BANKIA con la esencialidad y excusabilidad del error los inversores en general, parecería que la demanda de IBERDROLA debería recibir favorable acogida. Sin embargo el Tribunal Supremo ha añadido, sin perfilarlo ni desgranarlo, un concreto concepto jurídico indeterminado, el 'acceso a otro tipo de información complementaria', y es lo cierto que la actora sí dispuso de una información que parece quedar subsumida en el concepto.

Anteriores a la doble adquisición de acciones por IBERDROLA (anterioridad que constituye hecho notorio), ninguna de las dos rebajas a que se refiere este epígrafe D fue conocida por los inversores minoristas.

Es cierto que los hechos relevantes señalados por la Sección 14.^a fueron consignados como suplementos en el siguiente sitio: <https://www.cnmv.es/Portal/Consultas/>, del organismo público; pero también lo es que no resultaba factible a los minoristas consultar a diario las miles de ventanas de aquella página web. En consecuencia, IBERDROLA contó con dos avisadores de inseguridad e incertidumbre de BANKIA, pese a lo cual, días después, decidió adquirir acciones por valor de casi setenta millones de euros.

Habiendo acometido tal inversión mediando calificaciones que recomendaban la cautela,

aplicando el concepto jurídico indeterminado del Alto Tribunal no parece acorde al requisito de la excusabilidad (ni razonable) acceder a la solicitud de nulidad de IBEREDROLA, mediante la cual recuperaría aproximadamente el 18% que perdió por mor de las dos operaciones bursátiles.

A resultas de lo expuesto, salvo mejor criterio de la superior instancia, la demanda no debe ser estimada.

CUARTO.- Las costas se regulan en una gavilla de artículos, cuyo epicentro lo constituye el 394. El criterio del vencimiento se da la mano con otros dos complementarios, también postulados por nuestra Ley adjetiva: el de la "*compensación de costas*" (GUASP DELGADO) para cuando las pretensiones no resulten íntegramente estimadas, y el de la "*temeridad*".

Anudando los tres, "*las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones*" ("*salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*"); ambas citas del artículo 394.1.I.

A la vista del signo del fallo de esta resolución, no concurriendo al entender del juzgador serias dudas de hecho o Derecho, y teniendo en cuenta el modo de litigar de las partes, procede imponer a la parte vencida, las costas producidas en esta instancia, con la limitación cuantitativa reseñada en el *artículo 394.3.I LEC* (1/3) al no haberse apreciado en ella temeridad (art. 394.3.II).

Finalmente debe darse cumplimiento a las indicaciones del *artículo 248.4 y de la disposición adicional decimoquinta, numeral 6; ambos de la LOPJ*.

En consideración a los razonamientos expuestos, procede dictar el siguiente

FALLO

Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda de juicio ordinario interpuesta por IBERDROLA, S.A. (con representación técnica de DON JOSÉ-LUIS MARTÍN JAUREGUIBEITIA); frente a BANKIA, S.A. (actuando por medio de DON FRANCISCO DE SALES-JOSÉ ABAJO ABRIL), absolviendo a la parte demanda de los pedimentos recogidos en el suplico de la parte actora, con imposición a esta última de las costas devengadas en el proceso.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, incorporándose la original al Libro de Sentencias del Juzgado.

Notifíquese esta resolución a las partes (*art. 150.1 LEC*) "*bajo la dirección del Secretario*" (art. 152.1), en tiempo (art. 151) y legal forma (art. 152).

Así, por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

RECURRIBILIDAD.- Dicha sentencia puede ser impugnada, ex *artículos 448.1 (requisito de gravamen) y 455 LEC*, mediante recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial.

El recurso deberá interponerse, sin fase previa de preparación, por escrito dirigido a este Juzgado, en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente a su notificación (art. 458. 1 LEC); debiendo "*exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna*" (art. 458. 2 LEC,

modificado, al igual que el arábigo 1, por la Ley 8/2011, de 1 de julio, de Medidas de Agilización Procesal).

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, en el día de su fecha, por el Ilmo. magistrado titular del Juzgado, en audiencia pública y con mi asistencia, de lo que yo, Secretario judicial. **Doy fe.**