

NULIDAD DE LA COMPRA DE ACCIONES DE ENTIDAD BANCARIA: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO POR DEFECTO DE INFORMACIÓN

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

Nulidad de la compra de acciones de una entidad bancaria, realizada por persona sin conocimientos financieros, tras recibir información falsa acerca de la solvencia aparente de la entidad. Concurrencia de error esencial, en tanto en cuanto tal falso conocimiento de la realidad en que consistió dicho error recayó sobre un elemento esencial de la propia inversión cual es la situación financiera y solvencia del emisor, e igualmente inexcusable, toda vez que difícilmente puede exigirse a la demandante conducta alguna de verificación de la solvencia del emisor, siendo incluso de destacar que tal situación ni siquiera fue detectada por los organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dichas funciones. El error no puede ser imputable a quien lo padece, no pudiendo imputarse a la compradora de las acciones la imagen de solvencia que proyectó la demandada.

Palabras claves: nulidad, venta de acciones, error inexcusable y vicio del consentimiento.

Fecha de entrada: 10-07-2015 / Fecha de aceptación: 22-07-2015

ENUNCIADO

Ana tiene 68 años y ha sido ama de casa toda su vida, y siempre ha sido cliente de Banca Gestión, uno de los grupos bancarios y financieros más importantes de España con domicilio social en Barcelona, que tras todas las operaciones y controles previos correspondientes, acaba de salir a cotización bursátil en el año 2011.

Ana, que nunca ha tenido problema alguno con su banco, se ha decidido a comprar acciones de la entidad, aconsejada por el comercial de la sucursal con la que siempre ha trabajado, el cual la ha informado someramente sobre la oportunidad inversora citada. Quince meses después de la compra de acciones realizada, la entidad se encuentra con pérdidas y el valor de las acciones ha disminuido hasta la décima parte del valor que tenían cuando las compró. Ana ha acudido al comercial que le aconsejó la compra al sentirse engañada, y el mismo no se puede explicar lo sucedido, ante lo cual la afectada ha acudido ante nuestro despacho de abogados para plantear la posibilidad de una acción judicial, precisamente por el engaño padecido, pues de haber sabido que Banca Gestión estaba en tan mala situación nunca las hubiera comprado.

Procedamos a examinar el caso y las opciones de éxito de la demanda.

Cuestiones planteadas:

- Vicios del consentimiento en la compra de acciones de una entidad bancaria. Marco normativo sobre el deber de información.
- Información falsa proporcionada por la entidad tras una campaña agresiva de publicidad con ocasión de su salida a Bolsa.
- La insuficiencia del control por parte de las autoridades bursátiles del Estado.

SOLUCIÓN

El caso planteado resulta de notoria actualidad y en el mismo debemos proceder examinando primeramente el contexto normativo en el que se desenvuelve la Oferta Pública de Suscripción de acciones (OPS) en la actualidad y el deber de información al cliente. El régimen jurídico de las OPS se contienen básicamente en el Título III de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV) y en el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la mencionada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

Los artículos 30.bis 1 de la LMV y el 38.1 del Real Decreto 1310/2005 definen la OPS como «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 apartado 2 del mismo precepto establece que 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.

El Real Decreto 1310/2005 en el artículo 11 dispone:

La admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial español estará sujeta al cumplimiento previo de los requisitos de información siguientes:

- a) La aportación y registro en la CNMV de los documentos que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable, determinados, de conformidad con la orden ministerial que desarrolle el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio.
- b) La aportación y registro en la CNMV de las cuentas anuales del emisor, preparadas y auditadas de acuerdo con la legislación aplicable a dicho emisor.
- c) La aportación, aprobación y registro en la CNMV de un folleto informativo, así como su publicación.

Artículo 12:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1 b) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el emisor, de acuerdo con la normativa que le sea aplicable, deberá aportar para su registro en la CNMV sus cuentas anuales individuales y consolidadas, en el caso de que esté obligado a formular estados consolidados. Los estados deberán comprender, al menos, los tres últimos ejercicios en el caso de valores participativos, y los dos últimos ejercicios en los demás casos. Asimismo, los estados deberán haber sido preparados y auditados de acuerdo con la legislación aplicable al emisor.

2. La CNMV podrá aceptar cuentas anuales del emisor que cubran un período inferior a los señalados en el apartado anterior cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el emisor sea un vehículo de objeto especial, es decir, un emisor cuyos objetivos y fines sean fundamentalmente la emisión de valores, y los valores a los que se refiera la admisión sean valores de titulización, o bien sean valores que estén garantizados, siempre que el garante haya publicado cuentas anuales auditadas que cubran los tres últimos ejercicios.

b) Que la CNMV así lo decida en interés del emisor o de los inversores, siempre que entienda que los inversores disponen de la información necesaria para formarse un juicio fundado sobre el emisor y sobre los valores cuya admisión a negociación se

solicita. En el caso de emisores con un historial financiero complejo, se considerará que los inversores disponen de la información necesaria cuando el folleto informativo contenga la que exige el Reglamento (CE) n.º 211/2007, de 27 de febrero, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 809/2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a la información financiera que debe figurar en los folletos cuando el emisor posee un historial financiero complejo o ha adquirido un compromiso financiero importante.

Artículo 13:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1 c) de la LMV, cualquier admisión de valores a negociación en un mercado secundario oficial español estará sujeta a la previa aportación, aprobación y registro en la CNMV y a la previa publicación de un folleto que se ajuste a lo dispuesto en el título II.

Artículo 16:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el folleto incluirá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores cuenten con datos suficientes para poder hacer una evaluación de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará en forma fácilmente analizable y comprensible.

En cuanto a la información que debe ser facilitada al cliente, la entidad bancaria estaba obligada a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, (art. 79 LMV).

El artículo 79 bis de la LMV enumera las 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. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

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; y 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. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.
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. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta 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.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo.

A lo anterior cabe añadir que pretendiéndose que dichas acciones fueran objeto de negociación en un mercado oficial de valores, cual es la Bolsa, el artículo 26 de la LMV obligaba a Banco Gestión a aportar, entre otros extremos, para su aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, un folleto informativo, así como su publicación. En relación con el contenido del folleto, el artículo 27 establece en su apartado 1.º que «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». En su apartado tercero, vigente a la fecha de autos, dicho precepto establecía que «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».

En la redacción actual de dicho artículo 27.3, dada por la disposición final 3.1 de la Ley 9/2012 de 14 de noviembre, se señala, entre otros extremos, que «se entenderá por información fundamental, la información esencial y correctamente estructurada que ha de facilitarse a los inversores para que puedan comprender la naturaleza y riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen o que van a ser admitidos a cotización en un mercado regulado, y que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando», señalando como información fundamen-

tal, como mínimo y entre otros elementos: «a) Una breve descripción de las características esenciales y los riesgos asociados con el emisor y los posibles garantes, incluidos los activos, los pasivos y la situación financiera».

Quiere decirse con esto que la situación financiera del emisor, y derivado de ella, los riesgos que concurren en él, constituye un elemento esencial de cara a invertir en cualquier tipo de valores, de ahí que el citado artículo 27.1, anteriormente transcrito, señale que el folleto debe contener toda la información relativa al emisor, que permita a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor.

Lo que nuestra cliente plantea es que constituyendo la información relativa al emisor un factor o elemento esencial para que un inversor minorista pueda decidir, con la suficiente y necesaria información, sobre la procedencia de la realización de la inversión, tal y como por otra parte así reflejan los preceptos anteriormente citados, los datos contenidos en el folleto presentado ante la CNMV por parte de Banco Gestión en fecha 29 de junio de 2011, y en el que se recoge los estados intermedios y resumidos de Banco Gestión correspondientes al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011, no se correspondían en absoluto con la situación real de dicho grupo.

En los documentos que Ana nos ha proporcionado, y que tal y como se ha indicado con anterioridad se trata de un documento resumen de la Oferta Pública de Suscripción y Admisión a Negociación de Acciones de Banco Gestión, puede observarse, en relación con los datos financieros que del emisor se publicitan, que se indica que Banco Gestión a fecha de diciembre de 2010 tenía unos beneficios antes de impuestos por importe ascendente a 359 millones de euros. Y que en marzo de 2011 Banco Gestión tenía unos resultados consolidados de 72 millones de beneficios antes de impuestos.

Es un hecho notorio que el 4 de mayo de 2012 Banco Gestión procedió 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, sin auditar, en las que se incluían un beneficio de 305 millones de euros, concretamente 304,748 millones de euros.

Igualmente es un hecho notorio que el día 25 de mayo de 2012, y tras el nombramiento de un nuevo presidente de dicha entidad, Banco Gestión comunicó a la CNMV unas nuevas cuentas anuales del ejercicio 2011, auditadas, en las que se reflejaban unas pérdidas de 2.979 millones de euros, frente a los 305 millones de euros de beneficio declarados apenas 20 días antes.

Queda por tanto acreditado que la información proporcionada por Banco Gestión en el folleto presentado ante la CNMV con ocasión de la oferta pública de venta o suscripción de valores y de su salida a Bolsa, relativa a su situación financiera, beneficios y pérdidas, y por tanto e igualmente sobre su perspectiva de evolución, no se correspondía con su situación real.

Tal y como establece el artículo 1.265 del Código Civil, «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo», estableciendo el artículo 1.269 de dicho mismo texto legal que «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas, no hubiera hecho», señalando por su parte el

artículo 1.270 que «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes». Tal y como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, el dolo abarca no solo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, aprovechándose de ello (entre otras, SSTS de 26 de octubre de 1981 y 15 de junio de 1995). Igualmente la jurisprudencia exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de negociación insidiosa o engañosa que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión y la inducción que tal comportamiento ejerce en la voluntad de la otra parte para forzarla o determinarla a realizar un negocio que de otra forma no hubiese realizado, teniendo declarada la constante jurisprudencia al efecto que el dolo no se presume sino que debe ser cumplidamente acreditado por quien lo alega no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones.

Expuesto lo anterior es clara en el caso que se nos presenta la conducta observada por Banco Gestión al reflejar en el folleto informativo de la Oferta Pública de Suscripción y Admisión a Negociación de Acciones de Banco Gestión, ante la CNMV, datos relativos a su situación financiera, beneficios y pérdidas, y relativos igualmente a su perspectiva de evolución, que no se correspondían en absoluto con su situación real, todo ello como medio para conseguir la suscripción de dicha emisión. Tal y como se ha indicado con anterioridad, la situación financiera y solvencia del emisor resulta un elemento esencial a ponderar por cualquier inversor de cara a decidir sobre cualquier inversión en valores en tanto en cuanto expositivo del riesgo de la propia inversión. Mediante la apariencia de una solvencia de la que carecía, dicha entidad indujo a la actora a la realización de una inversión que sin duda no hubiera realizado de haber tenido conocimiento de la real situación financiera y de solvencia de dicha entidad.

De esta manera se produjo un error en el consentimiento prestado por parte de la demandante al suscribir, en fecha 11 de julio de 2011, acciones de dicha emisión, *ex* artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, error en el que concurren los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente, al resultar dicho error esencial, en tanto en cuanto tal falso conocimiento de la realidad en que consistió dicho error recayó, tal y como se ha expuesto anteriormente, sobre un elemento esencial de la propia inversión cual es la situación financiera y solvencia del emisor, e igualmente inexcusable, toda vez que difícilmente puede exigirse a la compradora conducta alguna de verificación de la solvencia del emisor, siendo incluso de destacar que tal situación ni siquiera fue detectada por los organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dichas funciones.

A tenor de lo relatado debemos claramente plantear la demanda con evidentes opciones de éxito.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 1.265, 1.269 y 1.270
- Ley 24/1988 (Mercado de Valores), arts. 26.1 c), 27.1 y 79 bis.
- SAP de Asturias de 15 de marzo de 2013, y SAP de Valencia de 19 de diciembre de 2014.