

VIAS DE RECLAMACIÓN TRAS LA OPV DE BANKIA
COMPLAINT PROCEDURES AFTER BANKIA'S IPO

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 449-460.

Fecha entrega: 12/05/2015
Fecha aceptación: 01/06/2015

JOSÉ IBÁÑEZ ROSELLÓ
Abogado
jibanezrosello@gmail.com

RESUMEN: Swaps, cláusulas suelo, preferentes... y ahora acciones. En los últimos años la litigiosidad en materia financiera ha experimentado un incremento notable en España. Se ha producido una verdadera avalancha de demandas contra las desaparecidas cajas de ahorros y los bancos –los de “toda la vida” y los de nueva creación, que aparecieron fruto de la reordenación de nuestro sistema financiero en el año 2010–. En este artículo vamos a estudiar un punto de candente actualidad: el error en el consentimiento de los adquirentes en la suscripción de acciones de la mercantil Bankia S.A. en su salida a bolsa.

PALABRAS CLAVE: Bankia, error, anulabilidad.

ABSTRACT: Swaps, floor clauses, preferred shares ... and now stocks. In recent years, litigation in financial matters has suffered a remarkable increase in Spain. There has been a flood of demands against Saving and Retail Banks -the “life-long banks” and new ones, which were the result of the restructuring of our financial system in 2010-. In this paper we will focus on a highly topical issue: the error on the consent of acquirers in the subscription of shares in the company Bankia SA in its IPO.

KEY WORDS: Bankia, error, nullity.

SUMARIO: 1. Antecedentes.- 2. Procesos judiciales de Bankia.- 3. La acción de anulabilidad por defecto en el consentimiento.- 4. El error.- 5.- La vía mercantil.- 6. Daños y perjuicios. -7. Conclusión.

1. El Banco Financiero y de Ahorros (BFA), se constituye el 3 de diciembre de 2010, resultado de la fusión de siete cajas de ahorro españolas: Caja Madrid, Bancaja, Caja Canarias, Caja Laietana, Caja Rioja, Caja Ávila y Caja Segovia.

Fruto del Acuerdo de Basilea II, los bancos deben disponer de una reserva de capital para poder dar respuesta a necesidades contingentes. El recién creado BFA no disponía de dicha reserva de capital, y en este contexto sus directivos estiman que la mejor opción para cumplir con el objetivo de capitalizar la compañía es salir a bolsa. Fijado el objetivo de “desembarcar en el parque”, desde BFA vieron que contaban con activos no convenientes, conocidos como “activos tóxicos”; entre ellos destacan las participaciones preferentes o el excesivo peso del sector inmobiliario en balance. Y es en esta situación cuando surge Bankia S.A.

Se crea esta mercantil como un nuevo banco, quedando todos los activos que no convenía mostrar en el balance del BFA, para poder conseguir así la capitalización necesaria mediante creación de esta filial, Bankia, la que a la postre se convertiría en la protagonista del mayor rescate financiero sufrido en nuestro país.

Bankia comienza a operar en España el 1 de enero del año 2011. Para poder ser admitida a negociación en los mercados, debía observar las obligaciones que impone la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como la legislación contable, y buscando presentar a los potenciales inversores la imagen y el estado de la entidad, se confeccionaron los Estados Financieros Intermedios Resumidos Consolidados correspondientes al período que comprende desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2011 y el Informe de Gestión, junto con el Informe de Auditoría. Finalmente, y tras protagonizar una de las mayores Ofertas Públicas de Venta (OPV) de nuestro país, en la que la entidad captó más de 3.300 millones de Euros, el 55% del capital de Bankia salió a bolsa el 20 de julio del año 2011 con un precio por acción de 3,75€.

Menos de un año después, el 25 de mayo de 2012, y tras la dimisión el día 7 del mismo mes del que fue el primer presidente de la entidad D. Rodrigo

Rato, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) suspendió la cotización de las acciones de Bankia a petición de la propia entidad.

A lo largo de ese día, la entidad acordó pedir una inyección adicional de 19.000 millones de euros que se debían de sumar a los 4.465 ya solicitados, lo que como ya se ha señalado, supone el mayor rescate financiero a una entidad privada en nuestro país.

Tres días más tarde la entidad anunciaba que reformulaba las cuentas del año 2011 –las mismas con las que había salido a bolsa– en las que figuraban unos beneficios de 300 millones de euros, a partir de ese momento el resultado de las mismas reflejaba unas pérdidas por valor de 3.318 millones de euros. Como resulta evidente, en este contexto el valor de las acciones de la mercantil se desploma, haciéndose necesario realizar un *contrasplit* o reagrupación.

En junio de 2012, algunos partidos políticos, como Unión Progreso y Democracia o Izquierda Unida, así como plataformas ciudadanas, presentan querellas por diversos delitos contra la entidad y sus administradores.

En diciembre del año 2014 peritos y expertos del Banco de España que examinan la salida a bolsa de la entidad presentan sendos informes en los que se concluye que la mercantil falseó sus balances para lograr la captación de accionistas y afirman que Deloitte S.L., encargada de auditar sus cuentas, debió necesariamente haber reparado en estas sustanciales irregularidades contables, que alcanzaban diferencias de más de 3.300 millones de euros.

2. Son dos las vías que tienen los particulares para recobrar el dinero que invirtieron en Bankia S.A. y éstas van a ser el objeto principal de reflexión en el presente artículo; no obstante, conviene también señalar que, como ya se ha apuntado en los antecedentes, la mercantil también tiene una tercera causa pendiente ante los tribunales, la vía penal.

En la causa penal, en contra de lo que solicitaba la fiscalía, el juez de la Audiencia Nacional introdujo la comercialización de las participaciones preferentes, lo que unido a la causa que se seguía por la OPV de Bankia suman un total de seis posibles delitos: delito de estafa (art. 248 CP), estafa de inversiones (art. 282 bis CP), delito de apropiación indebida (art. 252 del CP), delito de publicidad engañosa (art. 282 CP), delito de administración fraudulenta o desleal (art. 295 CP) y delito de maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 284 CP).

Pero no es éste el objetivo del presente estudio, ya que pretendemos realizar un análisis de la suscripción de acciones de Bankia desde un punto de vista puramente privado del derecho; para ello comenzaremos analizando la actuación desde la óptica civil y terminaremos estudiando la vía mercantil.

3. Como es sabido, el Código Civil español, en su artículo 1261, establece que para poder considerar que existe contrato es necesario que se den tres factores: consentimiento, objeto y causa.

En la Oferta Pública de Venta de acciones realizada por Bankia, no parece plantearse ningún problema acerca del objeto pues –siguiendo lo que establece el CC– pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres. ¿Qué duda cabe que las acciones no constituyen *res extra commercium*, si, probablemente, no haya producto en el mundo con el que más se comercie a diario?

En cuanto a la causa conviene pronunciarse en los mismos términos. No cabe duda, que en los contratos de suscripción de acciones, existe justa causa: usted, adquirente de acciones, suscribe participaciones en el capital de una determinada Sociedad Anónima –en este caso Bankia–, pasando a convertirse en un propietario más de la entidad y reconociéndosele una serie de derechos económicos (generalmente participación en dividendos) y políticos (participación en junta y derecho de voto, entre otros), a cambio de ello –y asemejándolo a lo que consideraríamos la contraprestación onerosa de la operación– usted cede una determinada suma a la mercantil, capitalizando ésta (si es primera oferta de venta, OPV) o compra la participación directamente a otro propietario (negociación en mercados secundarios). A efectos de este análisis nos interesa el primer supuesto, Oferta Pública de Venta, también conocida como Oferta Pública de Suscripción (OPS).

Pero ¿y el consentimiento?, ¿presenta algún problema? No cabe duda que sí. Y es esta la principal vía por la que se introducen la mayoría de las reclamaciones que se presentan ante la compañía, sea ante autoridad judicial o bien solicitud extrajudicial. Un dato que sirve para ilustrar la transcendencia del asunto, es el de la cifra de reclamaciones: a fecha marzo de 2015, la mercantil financiera acumulaba un total de 5.245.

Como es sabido el CC recoge, en su artículo 1265, los llamados vicios del consentimiento, que son cuatro: error, violencia, intimidación y dolo. La sanción que da nuestro ordenamiento para el consentimiento prestado mediando alguno de esos vicios es la de nulidad.

De los cuatro, ni la violencia ni la intimidación parecen aplicables a la O.P.V. de Bankia. Cuestión discutida es la del dolo, pues, como veremos a

continuación, no es nada descabellado considerar que medió dolo por parte de Bankia en la captación de inversores para estos productos; no obstante, como también veremos, el error es tan evidente que los tribunales no consideran necesario entrar a pronunciarse sobre el dolo y es por este motivo que la mayoría de demandas contra la mercantil solo solicitan esta apreciación de manera subsidiaria. Centremos, pues, nuestro enfoque en el estudio del error, que es la vía para declarar la anulabilidad de los contratos celebrados en la OPV de Bankia.

4. El error, como señalan doctrina y jurisprudencia, consiste en una falsa representación mental de la realidad, que puede recaer sobre la persona del otro contratante o sus cualidades, o sobre el objeto del contrato o las cualidades de éste.

Obviamente, en el caso de la comercialización de acciones de Bankia el error recae sobre el objeto del contrato, la adquisición de la acción de Bankia, debido a una información que genera error sobre la realidad de la persona del otro contratante.

No obstante, no todo error es causa de invalidez del consentimiento sino que debe cumplir dos requisitos, tal y como dispone el art. 1266 CC, este error debe ser: esencial y excusable.

En primer lugar, la esencialidad significa que el error ha de recaer sobre una realidad de tal importancia que, de haber sabido exactamente como era esa circunstancia, el contratante que sufrió el error no hubiera celebrado el contrato, citando el 1266 CC, el error “deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.”

En este caso concreto de suscripción de acciones, los tribunales reconocen la existencia de este requisito en la información consignada en el folleto de emisión.

Siguiendo la normativa mercantil española toda oferta pública de venta de acciones (OPV) debe de ir acompañada de un folleto informativo, en el cual se recoge toda la información fundamental de la operación, así como información sobre la entidad (resultados, márgenes, previsiones...).

Pues bien, en nuestro caso, la información consignada en los folletos, al igual que los balances con los que la mercantil salió a bolsa, no era real, en aspectos tan fundamentales como son los resultados de una compañía. Datos que, sin duda, sirven de base al inversor para decidir acerca de la contratación

o no de un paquete de acciones, pues la decisión no es otra que decidir si entras a ser propietario de una compañía que tiene unos beneficios –según folleto– de 300 millones de euros (con la consiguiente expectativa de dividendos) o si entras a ser propietario de una compañía que arroja unas pérdidas –según datos reales– de más de 3.000 millones.

En cualquier caso, y lejos de entrar en el juego de las cantidades, la jurisprudencia señala que NO existe veracidad en datos fundamentales (ganancias, pérdidas) del folleto de salida de Bankia a bolsa; ver, en este sentido SAP de Valencia (Sección 9ª) de 29 de diciembre de 2014, rec. nº 751/2014, STJPI Oviedo (número 2) de siete de enero de 2015, rec. nº 664/2014 o SAP de Ávila (Sección 1ª) de 09 de Febrero de 2015, rec. nº 19/2015, entre otras.

Llegados a este punto conviene recalcar que el error se centra en la información ofrecida por la mercantil en el folleto, no en la información que se ofrece por la entidad acerca del producto que se va a contratar. Es importante destacar este punto, pues puede existir cierta confusión con las participaciones preferentes.

En la comercialización de las preferentes, el error sí que debía mostrarse sobre la naturaleza del propio producto, ya que el consumidor estaba convencido que adquiriría productos líquidos y seguros, no siendo ésta la realidad de estos activos financieros.

Pero como se indica *supra*, esta no es la realidad de las acciones, pues, como señala acertadamente el Juzgado de Primera Instancia Número 16 de Valencia, en sentencia de 24 de junio de 2014, nos encontramos ante un producto financiero no complejo que se encuentra negociado en un mercado regulado con un funcionamiento y riesgos propios sobradamente conocidos. De hecho este es uno de los argumentos que utiliza la mercantil en su defensa; pero no es este el objeto del debate, reiteramos que este es el objeto de controversia en otros productos financieros (participaciones preferentes, cláusulas suelo...) pero no en las acciones pues dicha argumentación es utilizada por el juez para desestimar la demanda contra Bankia, pero olvida que el vicio en el consentimiento por error se produce por la falta de veracidad en la información que se presta por la entidad para que se decida acerca de esa primera suscripción (por tanto no es un debate sobre la naturaleza del objeto, sino sobre características del propio objeto), y así se lo recuerda la APV (sección 9ª) en sentencia de 29 de diciembre de 2014, en la que añade que dicha argumentación del juez de primera instancia se podría valorar para una compra posterior (en mercado secundario), pero nunca para una OPV (primera adquisición de acciones), en la que la información

fundamental se consigna en el folleto; por lo que estima el recurso y anula la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, en lo que respecta al carácter excusable, es un requisito exigido por la jurisprudencia con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica. Se considera que un error es excusable cuando quien lo padece ha obrado de manera diligente al celebrar el contrato, pero, aun así, ha incurrido en un error (por lo tanto, se entenderá inexcusable cuando quien lo padece no ha empleado una diligencia media para evitar el error).

Llegados a este punto, conviene señalar que en este caso es muy sencillo probar la excusabilidad del error, a diferencia de lo que sucede con otros productos financieros controvertidos como son las preferentes, pues la información de la que disponían los consumidores era inveraz, estaba alterada, por muchos conocimientos financieros que tuviesen no podían concluir que su adquisición no era acertada, máxime cuando las cuentas habían sido auditadas por una de las más respetables empresas en su sector (Deloitte).

Los consumidores no podían hacer nada para evitar su error, fue la propia financiera la que un año después corrigió sus cuentas comunicando que debían arrojar unas pérdidas de 3.318 millones (véase el punto 1 antecedentes). En este caso no es necesario examinar las circunstancias personales del engañado, ni su edad, ni su nivel de instrucción, no se puede exigir niveles de diligencia diferentes. No cabe duda de que hay error y que este debe de calificarse de excusable, pues ha sido causado por un comportamiento incorrecto de la otra parte contratante por haber afirmado algo que es falso.

A modo de resumen vamos a ver como concurren todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio en el contrato de suscripción de las acciones:

1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con

claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-milmillonarias.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Y como es lógico y procede en derecho, a consecuencia de la apreciación de error, tan palpable, como vicio del consentimiento, procede declarar la anulabilidad del contrato con base en el art. 1300 CC, declarándose la devolución de las prestaciones, debiendo devolver los consumidores las acciones suscritas y, a cambio, recuperar la inversión realizada más los intereses legales del capital cedido a la mercantil durante estos cuatro años, téngase en cuenta que finalmente la mercantil salió a bolsa el día 19/07/2011, fecha en la que se perfecciona el contrato.

5. En los últimos meses hemos sido protagonistas de una de las mayores campañas publicitarias de un bufete de abogados que se recuerdan en este país: anuncios en prensa, revistas, autobuses e incluso campañas en televisión... todos con un mismo protagonista. Este despacho de abogados se ha convertido en el principal defensor de la vía mercantil para recuperar la inversión.

Es sencilla la argumentación: se centran en la regulación sobre el mercado primario de valores que establece el título III de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Así el art. 26 de dicha ley establece entre los requisitos para admitir valores a negociación en un mercado secundario que la OPV se realice acompañada con folleto. A renglón seguido el art. 27 regula el folleto estableciendo su contenido en un extenso precepto que tras lectura detallada del mismo se desprende que la voluntad del legislador es garantizar que la información contenida en el folleto es veraz y transmite la situación real de la compañía, a fin de que el consumidor pueda decidir libremente a cerca de la inversión que va a acometer. Y por último el art. 28 establece el régimen de responsabilidad del folleto; señalando que la misma debe recaer, al menos, sobre el emisor, en este caso Bankia. Señala además este precepto en el punto tercero que “la

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

Y es este último un punto muy importante a tener en cuenta en nuestro caso, pues es el 25 de mayo de 2012 cuando Bankia reconoce los errores en las cuentas con las que efectuó su salida a Bolsa (véase punto uno antecedentes), y, en consecuencia, la acción para exigir responsabilidad por la vía mercantil prescribirá el 25 de mayo del año 2015.

No sucede lo mismo en el caso de ejercer la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, ya que, en este caso, como indica el art. 1301 CC el plazo es de cuatro años desde la consumación del contrato que, aunque como siempre es discutible, parece lógico fijar esta fecha en el 19/07/2011, día en que finalmente Bankia debutó “en el parque” y se pudo consumir la adquisición de las acciones, pues hasta esa fecha y durante la duración de la OPV podemos considerar que jurídicamente hay un ofrecimiento y un acuerdo pero que no ha podido llegar a consumarse. Es por ello que se puede considerar la prescripción de la acción en el día 19/07/2015.

6. Conviene destacar que no solo los accionistas que concurrieron a la OPV de Bankia y conservan las acciones en la actualidad están en posición de poder acudir a los tribunales para reclamar la anulabilidad del contrato de adquisición; sino que están facultados todos los sujetos –tanto personas físicas como jurídicas–, que adquirieron acciones en dicha oferta publica aun suponiendo que ya no dispongan físicamente de dichas participaciones, pues como es normal en el tráfico de este tipo de productos, viendo los descensos generalizados en los precios, muchos de estos accionistas decidieron vender sus participaciones en la mercantil soportando, fruto de esa enajenación, una pérdida patrimonial considerable.

Pues bien, en contra de lo que pretende la mercantil, dicha venta no supone una aceptación tácita de la situación jurídica de falta de información, ni un aspecto que indique que el inversor adquirió esos títulos con una naturaleza puramente especulativa no importándole cual es la realidad económica de la compañía, ni tampoco supone ningún óbice para la reclamación civil, pues como el resto de inversores, estos sujetos prestaron su consentimiento mediando error, como consecuencia del mismo vendieron las acciones obteniendo pérdidas, de modo que pueden reclamar como daños y perjuicios la diferencia unitaria en el precio por acción entre el precio al que adquirieron cada participación y al que finalmente transmitieron. Existe ya alguna sentencia que recoge esta posibilidad, vid en este sentido: STJPI Oviedo (número 2) de siete de enero de 2015, rec. nº 664/2014.

7. Como hemos visto existen muchas posibilidades para recuperar la inversión financiera que los accionistas de Bankia realizaron al suscribir participaciones de la mercantil en la OPV de 2011: el error como vicio en el consentimiento, la vía mercantil por responsabilidad en el folleto o la indemnización por daños y perjuicios, son los principales caminos que deben llevar a todos los inversores a recuperar el dinero invertido.

No es un asunto que pueda considerarse como controvertido desde el punto de vista doctrinal, y tampoco en los tribunales se aprecian discrepancias.

Es cierto que encontramos algunas sentencias de primera instancia que fallan a favor de Bankia, si bien son las menos, y conviene señalar que son las primeras en el tiempo en las que se mezclaba la ratio de los tribunales con la argumentación de las participaciones preferentes. Lo que –como hemos comentado en este trabajo– es un error, y así ha quedado sentado en el criterio que han venido fijando las Audiencias provinciales que se han pronunciado ya en la materia, todas fallan a favor de los accionistas y a fecha de hoy es difícil, por no decir imposible, encontrar alguna sentencia que no considere la información facilitada en el folleto como inveraz –es ya un hecho notorio– y en consecuencia, y como procede en derecho, otorgue la razón al inversor. En cualquier caso, en unos meses veremos cómo termina el proceso penal.

