

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA CIVIL
GABINETE TÉCNICO**

Sentencias 23 y 24/2016, de 3 de febrero.

**Nulidad de adquisición de acciones con motivo de la oferta pública
de suscripción (OPS) de Bankia.**

Como ya se adelantó en nota de prensa de 27 de enero de 2016, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto dos recursos de Bankia contra la anulación de la adquisición de sus acciones con ocasión de la oferta pública de suscripción de 2011.

Las dos demandas fueron interpuestas por pequeños inversores del tramo minorista que habían adquirido las acciones por consejo de empleados de la entidad.

La Sala ha rechazado que la causa penal pendiente ante la Audiencia Nacional pueda paralizar las acciones individuales en vía civil. La Sala parte de la doctrina del Tribunal Constitucional y explica que, aunque el tribunal penal no llegue a apreciar delito, el proceso civil no estaría condicionado por ello: la valoración probatoria y los principios que inspiran el proceso penal suponen unas exigencias diferentes de las del proceso civil, en que se ejercitan derechos privados. Los demandantes no deben soportar demoras excesivas por la previsible complejidad y duración del procedimiento penal, pues afectaría a su propio derecho a la tutela judicial efectiva.

La Sala considera, igualmente, que ninguna de las dos sentencias incurre en infracciones procesales al valorar la situación financiera de Bankia o al determinar los hechos que se han considerado notorios.

La Sala entiende que el nexo causal existente entre la grave inexactitud del folleto de la OPS y el error padecido por los demandantes -pequeños inversores que, a diferencia de lo que puede ocurrir con inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos relevantes para tomar la decisión de comprar las acciones- está suficientemente razonado en las sentencias.

Por último, las sentencias consideran que, en el caso de los pequeños inversores, resultan compatibles las acciones específicas de resarcimiento que concede la normativa del mercado de valores con las acciones de nulidad por error en el consentimiento.

Gabinete Técnico

Madrid, febrero de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 23/2016

Fecha Sentencia: 03/02/2016

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 541/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 27/01/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION N. 9

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Escrito por: MAJ

Adquisición de acciones con motivo de una oferta pública de suscripción (OPS). Contenido del folleto informativo. Consecuencias de las inexactitudes graves en dicho documento. Compatibilidad entre la acción indemnizatoria contemplada en la legislación del mercado de valores y la acción de anulabilidad por error en el consentimiento.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 541/2015
Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres
Votación y Fallo: 27/01/2016
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA N^o: 23/2016

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala, constituida en Pleno, por los magistrados al margen referenciados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Bankia, S.A., representada por el procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, bajo la dirección letrada de D. José Miguel Fatás Monforte, contra la sentencia dictada el 7 de enero de 2015, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 620/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 983/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia. Sobre nulidad de la orden de suscripción de acciones de

Bankia, S.A. Ha sido parte recurrida D. José Rovira Miralles y D^a Amparo Bartual Nicolau, representados ante esta Sala por el procurador D. Jorge Enrique Castello Gascó y bajo la dirección letrada de D.^a Eva María Ruíz Córdoba.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- *Tramitación en primera instancia.-*

1. El procurador D. Jorge Vico Sanz, en nombre y representación de D. José Rovira Miralles y de D^a Amparo Bartual Nicolau, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] que se concreta en los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad de la orden de compra de valores efectuada el 19 de Julio de 2011, por falta de consentimiento, y en todo caso, por la existencia de error y dolo invalidante del consentimiento.

2.- Como consecuencia de dicha declaración de nulidad, se declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de los contratos, esto es, la devolución por Bancaja (hoy Bankia) a mis representados de la cantidad de VEINTE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (20.868,75 €), minorada con los intereses cobrados, más el interés legal devengado desde las fechas de formalización de los contratos, hasta su efectiva devolución, quedando en poder de la demandada los referidos títulos en ella depositados.

3.- Subsidiariamente, se declare la resolución contractual de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas por el incumplimiento de la entidad bancaria de su deber de información, diligencia y lealtad y la consecuente indemnización en concepto de daños y perjuicios por importe de VEINTE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (20.868,75 €).

4.- En ambos casos, se condene a la demandada al pago del interés legal desde la fecha de la interpelación judicial, así como el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago de la cantidad reclamada.

5.- Se condene, en cualquiera de los supuestos anteriores, a la demandada al pago de las costas procesales.»

2. La demanda fue presentada el 9 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia y fue registrada con el núm. 983/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. La procuradora D.^a Elena Gil Bayo, en representación de BANKIA, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva a mi representada de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora.»

4. Tras seguirse los trámites correspondientes el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia dictó sentencia de fecha 5 de mayo de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo íntegramente la demanda presentada por el procurador D. Jorge Vico Sanz, en nombre y representación de D. José Rovira Miralles y D^a Amparo Bartual Nicolau, contra Bankia, S.A., sin hacer condena en costas».

Segundo.- *Tramitación en segunda instancia.-*

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. José Rovira Miralles y D^a Amparo Bartual Nicolau. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 620/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de enero de 2015, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, José Rovira Miralles y Amparo Bartual Nicolau, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 22 de Valencia de fecha 5/5/2014 en proceso ordinario 983/2013, revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda, declaramos:

1º) Se decreta la nulidad por error-vicio en la prestación del consentimiento de la suscripción-adquisición por José Rovira Miralles y Amparo Bartual Nicolau en fecha 19/7/2011 de 5.565 acciones de nueva emisión de Bankia SA, debiendo aquellos

reintegrar dichos valores con los rendimientos en su caso obtenidos con sus intereses legales y devolver a los actores la suma de 20.868,75 euro más los intereses legales desde aquella fecha.

2º) Las costas procesales devengadas en la instancia se imponen a la parte demandada.

3º) No se efectúa pronunciamiento de las costas causadas en la alzada y se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.»

Tercero.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.-*

6.- El procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, en representación de Bankia, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Por el cauce del núm. 3º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Sentencia recurrida estima el recurso sobre la base de hechos que no fueron planteados por los Actores en su demanda, sino que se introdujeron de forma extemporánea, alterando su causa de pedir y causando indefensión a mi representada (art. 24 de la Constitución).

Segundo.- Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la –errónea- presunción sobre la falta de veracidad de la información económico-financiera de BANKIA contenida en el Folleto.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, de 20 de enero de 2013, de 29 de octubre de 2013, de 17 de febrero de 2014 y de 8 de abril de 2013), ya que la Sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a un “error” en el consentimiento que no reúne los requisitos exigidos, pues no existe el necesario nexo causal entre el error y la celebración del contrato.»

7. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 9 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la entidad “Bankia S.A.” contra la sentencia dictada, el día 7 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 620/2014, dimanante del juicio ordinario nº 983/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia».

8.- Se dio traslado la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación del correspondiente escrito.

9.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite, y, tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó someter su conocimiento a Pleno de los Magistrados de esta Sala, señalándose a tal fin el 27 de enero de 2016, en que ha tenido lugar. No formaron parte de la Sala los Excmos. Sres. D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Fernando Pantaleón Prieto, al haberse estimado justificada su abstención.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Resumen de antecedentes.-

1.- El 19 de julio de 2011, los demandantes adquirieron, en la sucursal de “Bancaja” de la que eran clientes y donde hasta pocos días antes habían mantenido un depósito a plazo, por consejo de los

empleados de la entidad y acogíendose a la oferta pública de suscripción de acciones (OPS) promovida por “Bankia, S.A.”, 5.565 acciones emitidas por dicha sociedad, por importe de 20.868,75 €

2.- Los Sres. Rovira y Bartual presentaron demanda contra “Bankia, S.A.” solicitando la declaración de nulidad de la orden de compra de las acciones, con restitución de las prestaciones; y subsidiariamente, la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios.

En la fecha en que se presentó la demanda, las acciones adquiridas por los demandantes tenían un valor de cotización en bolsa de 3.455,85 €.

3.- Opuesta la entidad financiera demandada, se dictó sentencia en primera instancia que desestimó la demanda, resumidamente, por considerar que las acciones no son productos complejos, cuyo significado y funcionamiento en el mercado son fácilmente comprensibles; y porque los demandantes prestaron libremente su consentimiento en el marco de una operación autorizada por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), sin que existan datos de que el precio fijado para la acción fuese inexacto o ilegal. Por lo que concluyó que no cabía apreciar ni error en la prestación del consentimiento, ni incumplimiento contractual de la vendedora.

4.- Contra dicha sentencia los demandantes interpusieron recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas consideraciones:

(i) La operación se realizó en el marco de una Oferta Pública de Suscripción (OPS) y Admisión a Negociación de Acciones, definida en el *artículo 30 bis de la Ley Mercado de Valores*, (“.. toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o

suscripción de estos valores"). El legislador impone para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas, un específico y especial deber de información, regulado de forma exhaustiva: cual es la publicación de un "folleto informativo", confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, en este caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción (artículo 30.2). Por consiguiente, el folleto informativo se revela como un deber esencial constituyendo el instrumento necesario e imperativo por el cual el inversor va a tener y conocer los elementos de juicio, necesarios y suficientes, para decidir la suscripción de tales acciones.

(ii) A la fecha de la operación, estaban vigentes tanto el artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del RD 2010/2005 de 4 de noviembre de 2005 que desarrolla dicha Ley, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción, los cuales fijan el contenido del folleto informativo en armonía con la Directiva 2003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2001/34 (Directiva del folleto). De dicha regulación destaca que dentro de la "información suficiente" a dar al público, han de incluirse los riesgos del emisor, explicitados en los "activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor" (art. 27-1); su finalidad es que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, si suscribe tales valores ofertados públicamente (arts. 16 y 17 del RD 2010/2005); e igualmente, la citada Directiva 2003/71 concibe también tal deber como información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación con la suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas del emisor (art. 6).

(iii) Aunque los arts. 28.2 de la LMV y 36 del RD 1310/2005 fijan una responsabilidad específica por la información ofrecida en el folleto

por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, cuando tales informaciones sean falsas o por omisiones de datos relevantes, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus administradores, ello no excluye la posibilidad de ejercitar una acción de nulidad contractual por vicio estructural (artículos 1265, 1266 y 1300 Código Civil), pues al fin y al cabo, la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato y especialmente los que validan la emisión del consentimiento como elemento esencial de su perfeccionamiento.

(iv) Mientras que en el folleto constaba como dato relevante de solvencia un beneficio anunciado de 309 millones de euros, lo cierto es que las cuentas finales de Bankia del ejercicio 2011 reflejan una pérdida real y efectiva de 3.030 millones de euros. Añade textualmente: *«es evidente la enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral) revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio (artículo 281-4 Ley Enjuiciamiento Civil)-por conocimiento absoluto y general- que la entidad demandada solicitó, pocos meses después de tal emisión, la intervención pública con una inyección de una más que relevante cantidad de capital, so pena, de entrar en concurso de acreedores. Por consiguiente, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011, determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor, no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicitada y divulgada, ni la situación económico financiera real ».*

(v) La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas de la sociedad emisora; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores. No establece la Directiva 2003/71 el régimen de responsabilidad civil por esa vulneración, dejándola a la regulación del

derecho interno de cada estado miembro. Por consiguiente, nada empece a que tal vulneración pueda sustentar una acción de nulidad por vicio del consentimiento, con la restitución de las prestaciones sustentada en la normativa del Código Civil, en cuanto integre los requisitos propios de la misma.

(vi) Concurren en el caso los presupuestos para la apreciación de error en el consentimiento. No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones: 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 expuesta 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 millonarias. 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.

Segundo.- Recurso extraordinario por infracción procesal.-

Primer motivo:

Planteamiento:

1.- Se formula por el cauce del art. 469.1.3º LEC, por infracción del art. 456.1 LEC, ya que la sentencia recurrida estima el recurso de apelación sobre la base de hechos que no fueron planteados por los demandantes en la demanda, sino que se introdujeron de forma extemporánea, alterando la causa de pedir, y provocando indefensión a la demandada (art. 24 CE).

2.- En el desarrollo del motivo, se aduce, en síntesis, que ha existido una *mutatio libelli* y que la Audiencia reinterpretó la causa de pedir, puesto que en la demanda el error de los demandantes se cifraba en el desconocimiento de que habían adquirido acciones de “Bankia” y en los riesgos de tal operación; mientras que en el recurso de apelación se argumentó el error con base en la existencia de información incorrecta e inexacta en el folleto explicativo de la oferta pública de adquisición de acciones, que habría llevado a los demandantes a la creencia errónea de estar adquiriendo acciones de una compañía mercantil solvente.

Decisión de la Sala:

1.- Conforme al art. 412 LEC, una vez se haya establecido lo que sea objeto del procedimiento en la demanda y la contestación, las partes no podrán alterarlo posteriormente. Prohibición de la mutación de la pretensión (*mutatio libelli*) que tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (sentencias de esta Sala de 26 de diciembre de 1997 y 12 de marzo de 2008). El demandado sólo puede defenderse, al contestar a la demanda, de las alegaciones que aquella contiene, que no pueden modificarse a lo largo del proceso, salvo que existan hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286 de la propia LEC), las precisiones en la audiencia previa del artículo 426 en relación, precisamente, con el artículo 412.2, y la reconvención (artículo 406). Sólo conociendo los términos de la pretensión, que pueden precisarse en la forma citada, pero no modificarse, podrán ser discutidos por el demandado, articulando medios de prueba dirigidos a tal fin. Esta

prohibición de cambio de demanda es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal; y la apreciación de que se vulnera este principio de la *mutatio libelli* supone que no puede tacharse de incongruente la sentencia que no resuelve sobre los hechos o pretensiones nuevos indebidamente introducidos en el proceso en momento extemporáneo (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2002, 22 de mayo de 2003, 3 de febrero de 2004, 21 de octubre de 2005, 23 de octubre de 2006, 146/2011, de 9 de marzo, y 44/2014, de 18 de febrero; y del Tribunal Constitucional 182/2000 y 187/2000, ambas de 10 de julio; 93/2002, de 23 de abril; y 126/2011, de 18 de julio).

2.- A su vez, como venimos afirmando reiteradamente (por todas, sentencia de esta Sala 718/2014, de 18 de diciembre), la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación, recogido en el art. 456.1 LEC. Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado, sino una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación: la pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera. El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y, correlativamente, el tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta.

3.- Pues bien, sobre estas bases, no puede compartirse que la Audiencia haya “reinterpretado” la demanda o haya consentido una modificación de la pretensión. Al contrario, en el fundamento jurídico tercero de su sentencia parte de la imprecisión y confusión de la demanda, pero al mismo tiempo resalta, y en ello coincidimos, que lo

fundamental es que se alegó que los demandantes no conocían las condiciones de la inversión que realizaron, ni los riesgos asumidos. Asimismo, en la demanda se alegó que hubo un déficit de información por parte de la entidad emisora-ofertante (hechos segundo y cuarto de la demanda), y que ello produjo un error en el consentimiento prestado (hecho quinto). En los fundamentos jurídicos se adujo la infracción de la Ley del Mercado de Valores (fundamento de derecho tercero), se invocaron expresamente los arts. 1265, 1266, 1300 y 1303 Cc, y se mantuvo que Bankia SA incumplió su obligación de una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo; y se solicitó en el “suplico” la nulidad de la orden de compra de las acciones por error vicio del consentimiento.

4.- Por consiguiente, puede que la demanda inicial del procedimiento no fuera un dechado de formulación y precisión jurídica, pero lo cierto es que las bases fácticas y jurídicas del pretendido error en la prestación del consentimiento contractual estaban expresadas en dicho escrito, por lo que no se produjo a la parte demandada la indefensión cuya evitación está en el sustrato de los principios procesales de prohibición de la *mutatio libelli* (art. 412 LEC) y *nihil innovatur pendente appellatione* (art. 456.1 LEC). Razón por la cual este primer motivo de infracción procesal ha de ser desestimado.

Segundo motivo:

Planteamiento:

1.- Se formula al amparo del art. 469.1.4 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en relación con el art. 386 LEC, por la errónea presunción sobre la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el folleto de la OPS.

2.- En el desarrollo del motivo, se aduce resumidamente que no existe prueba directa en las actuaciones que acredite que la información

contable ofrecida en el folleto no respondiera a la realidad; sino que el tribunal de apelación basa su conclusión en una presunción, sin exteriorizar el proceso lógico que le lleva a dicha conclusión.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida –la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE –en este sentido, SSTs 101/2011, de 4 de marzo, y 263/2012, de 25 de abril-.

En relación con el control de la apreciación de la prueba de presunciones por esta vía del recurso extraordinario por infracción procesal, tiene afirmado esta Sala, verbigracia en sentencias núm. 215/2013 bis, de 8 de abril, y 836/2005, de 10 de noviembre, que las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica (sentencia núm. 647/2014, de 26 de noviembre, que cita la núm. 586/2013, de 8 de octubre).

2.- En la sentencia recurrida no se realiza una aplicación expresa de la prueba de presunciones, ni se contiene mención alguna a los arts. 385 y 386 LEC, donde se regula dicho medio probatorio, sino que el tribunal da como probado, como hecho notorio, que la entidad emisora de las acciones reformuló sus cuentas del año 2011, poco tiempo después de la OPS, con un resultado completamente contrario al publicitado en el folleto, puesto que en vez de beneficios, lo que existían eran importantísimas pérdidas. Es decir, lo que hace la Audiencia Provincial es valorar una serie de datos económicos, la mayoría de ellos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, así como la declaración testifical de un antiguo empleado de *Bancaja*, para alcanzar la conclusión sobre la inexactitud del folleto, pero sin utilizar para ello la prueba de presunciones.

Conclusión que jurídicamente podrá ser más o menos acertada, pero que no se proyecta sobre el punto de vista de la apreciación probatoria, sino desde el de la valoración de la prueba. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, «No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio; 196/2010, de 13 de abril; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

3.- Al igual que en los casos resueltos por las sentencias de esta Sala antes citadas, en el presente, ni la parte propuso la aplicación de presunción alguna, ni el tribunal hizo otra cosa que obtener las

conclusiones de hecho que consideró más adecuadas con arreglo a las pruebas practicadas y realizar las valoraciones jurídicas que estimó oportunas en relación a tales hechos. Por ello, no se ha aplicado el art. 386.1 LEC, ni por tanto puede haber sido infringido.

En consecuencia, este segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado, sin perjuicio de la revisión de tales consideraciones jurídicas que proceda al resolver el recurso de casación.

Tercero.- Recurso de casación.-

Planteamiento:

1.- Se formula un único motivo, al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta (en particular, SSTTS de 21 de noviembre de 2012, 20 de enero, 8 de abril y 29 de octubre de 2013 y 17 de febrero de 2014), en cuanto que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a un supuesto error del consentimiento cuyos requisitos legales y jurisprudenciales no se cumplen, pues no existe el necesario nexo causal entre el error y la celebración del contrato.

2.- En síntesis, se alega que la sentencia recurrida ni siquiera ha examinado si concurre el mencionado nexo causal.

Decisión de la Sala:

1.- Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante

el empleo de una diligencia media o regular. Según recordábamos en la sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, que compendia la reciente jurisprudencia en la materia:

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

»El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). 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.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o

no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error .

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida».

2.- Como quiera que se trataba de la salida a bolsa de una entidad que hasta ese momento no cotizaba, sus acciones no tenían un “historial” previo de cotización en un mercado secundario oficial, por lo que el folleto era el único cauce informativo de que disponía el pequeño inversor. Si en

el proceso de admisión a cotización de acciones la información acerca del emisor y de las propias acciones es un requisito esencial que debe cumplirse mediante el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, tal información supone el elemento decisivo que el futuro pequeño inversor (a diferencia de los grandes inversores o los inversores institucionales) tiene a su alcance para evaluar los activos y pasivos de la entidad emisora, su situación financiera, beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes de dichas acciones. Especialmente, en el caso de pequeños suscriptores que invierten aconsejados por los propios empleados de la entidad emisora, con los que mantenían una relación de confianza personal y comercial.

Y si resulta que dicho documento contenía información económica y financiera que poco tiempo después se revela gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia, es claro que la Audiencia anuda dicho déficit informativo a la prestación errónea del consentimiento, en los términos expuestos, sin necesidad de que utilicen expresamente los vocablos nexo causal u otros similares. Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco (que provenía de la transformación de una caja de ahorros en la que tenían sus ahorros), se hacen una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tiene que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia; de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento. Y eso lo explica perfectamente la Audiencia en su sentencia, tal y como hemos resumido en el apartado 4.vi del fundamento jurídico primero; estableciendo los siguientes hitos de los que se desprende nítidamente la relación de causalidad: 1º) El folleto publicitó una situación de solvencia y de

existencia de beneficios que resultaron no ser reales; 2º) Tales datos económicos eran esenciales para que el inversor pudiera adoptar su decisión, y la representación que se hace de los mismos es que va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios; cuando realmente, estaba suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multimillonarias. 3º) El objetivo de la inversión era la obtención de rendimiento (dividendos), por lo que la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resultó determinante en la captación y prestación del consentimiento. 4º) La excusabilidad del error resulta patente, en cuanto que 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 pequeño inversor.

En consecuencia, el nexo de causalidad era evidente, a la vista de lo que la sentencia razona, puesto que justamente el folleto se publica para que los potenciales inversores tomen su decisión, incluso aunque no lo hayan leído, puesto que el folleto permite una "diseminación" de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir. En la demanda se afirmaba que los demandantes realizaron la inversión confiados en "que la entidad Bankia era una empresa solvente que iba a repartir beneficios", por lo que resulta obvio que si hubieran sabido que el valor real de unas acciones que estaban comprando a 3'75 euros era, apenas un 1% del precio desembolsado, no habrían comprado en ningún caso. Máxime, al tratarse de pequeños ahorradores que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de grandes inversores, o los denominados inversores institucionales, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

3.- Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC, sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: *"Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de*

hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias”.

4.- Es cierto que un sector muy destacado de la doctrina comunitaria y nacional, así como diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, *de facto*, anular el aumento de capital. Para ello, parten de la base de que la doctrina de la sociedad nula o de hecho es también aplicable a los aumentos de capital, por lo que la anulación de una suscripción de acciones por vicios del consentimiento sería contradictoria con dicha doctrina, plasmada legislativamente en el art. 56 LSC. Y sostienen, por tanto, que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 LMV –actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015- y 36 RD 1310/2005) y no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, el conflicto entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 LSC) y la normativa de valores (básicamente, art. 28 LMV) proviene, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

No obstante, la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12) confirma la preeminencia de las normas del mercado

de valores sobre las normas de la Directiva de sociedades; o más propiamente, que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene *causa societatis*, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. Es decir, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por vicio del consentimiento, con efectos *ex tunc* (arts. 1300 y 1303 CC), cuando, como en el caso resuelto en la sentencia recurrida, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento.

5.- Razones por las cuales debe desestimarse el recurso de casación.

Cuarto.- Costas y depósitos.-

1.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por “Bankia, S.A.” contra la sentencia de fecha 7 de enero de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el recurso de apelación núm. 620/14.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Sarazá Jimena, Eduardo Baena Ruiz, Pedro José Vela Torres, Xavier O’Callaghan Muñoz. Firmada y rubricada.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro José Vela Torres**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 24/2016

Fecha Sentencia: 03/02/2016

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 1990/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 27/01/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: AUD.PROVINCIAL de Oviedo, SECCIÓN N. 5

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Escrito por: ACS

Adquisición de acciones con motivo de una oferta pública de suscripción de acciones de Bankia. Inexistencia de prejudicialidad penal. Hechos notorios. Consecuencias de las inexactitudes graves en el folleto informativo. Compatibilidad entre la acción indemnizatoria contemplada en la legislación del mercado de valores y la acción de anulabilidad por error en el consentimiento.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 1990/2015
Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena
Votación y Fallo: 27/01/2016
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA N.º: 24/2016

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por “Bankia, S.A.”, representada ante esta Sala por el procurador D.º Ricardo de la Santa Márquez y asistida por la letrado D.º José Miguel Fatás Monforte, contra la sentencia núm. 128/2015 dictada el 11 de mayo por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 140/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 152/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo, sobre nulidad en la suscripción de acciones. Han sido partes recurridas D.º José Antonio Couso Fernández y D.ª Anastasia

Martínez Nogueira, representadas ante esta Sala por la procuradora D.^a Silvia Casielles Morán y asistidos por el letrado D^o. José Antonio Ballesteros Garrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO.- La procuradora D.^a Florentina González Rubín, en nombre y representación de D.^o José Antonio Couso Fernández y D.^a Anastasia Martínez Nogueira, interpuso demanda de juicio ordinario contra “Bankia, S.A.” en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] acordando:

» 1.- declarar la nulidad de la orden de compra de acciones de Bankia que José Antonio Couso Fernández y Anastasia Martínez Nogueira suscribieron y se ejecutó el 19-7-2011 por 2.666 acciones y un importe de 9.997,50 €, de manera que Bankia se hará cargo de la titularidad de las actuales acciones, tras las operaciones de reducción de capital y contrasplit ejecutadas;

» 2.- condenar a Bankia a reintegrar a la actora los 9.997,50 € que invirtió en esas acciones, con sus intereses legales desde la fecha de ejecución de la orden de compra;

» 3.- para el caso de que se llegasen a abonar dividendos mientras se tramita este procedimiento, la demandante devolvería la cantidad percibida con sus intereses legales.

»4.- condenar en costas a Bankia».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 23 de diciembre de 2014, y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo, y fue registrada con el núm. 152/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D.^o Ricardo de la Santa Márquez, en representación de “Bankia, S.A.”, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la suspensión del proceso por prejudicialidad penal y «[t]ras la tramitación y resolución previa de la referida causa penal, dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza en funciones del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo, dictó sentencia de fecha diez de marzo de dos mil quince, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda formulada por la procuradora D.^a Florentina González Rubín, en la representación de autos, contra Bankia, S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la suscripción de acciones objeto del presente litigio, y consecuentemente condeno a la demandada a abonar a la demandante la cantidad resultante de detraer de 9.997,50 euros € las cantidades percibidas por el demandante en virtud de dicho contrato, más los intereses que corresponda, desde la fecha de interpelación judicial que sobre dicha cantidad se haya devengado, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

Con fecha 17 de marzo de 2015, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo, dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«D^a Elena García Díez, Jueza en funciones de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Oviedo, ACUERDA: la aclaración en los términos descritos en los fundamentos de derecho precedentes de esta resolución.

» Razonamiento Jurídico Segundo.- Así pues y de conformidad con lo expuesto, procede subsanar el error en el que se ha incurrido, y la parte dispositiva debe decir:

» “Estimando la demanda formulada por la procuradora D.^a Florentina González Rubín, en la representación de autos, contra Bankia, S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la suscripción de acciones objeto del presente litigio, y consecuentemente condeno a la demandada a abonar a la demandante la cantidad resultante de detraer de 9.997,50 euros € las cantidades percibidas por el demandante en virtud de dicho contrato, más los intereses devengados desde el momento en el que se produjo el pago del precio, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada”».

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de “Bankia, S.A.” La representación de D.^o José

Antonio Couso Fernández y D.^a Anastasia Martínez Nogueira, se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 140/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 128/2015 en fecha once de mayo de dos mil quince, cuya parte dispositiva dispone:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia dictada en fecha diez de marzo de dos mil quince, aclarado por auto de fecha diecisiete de marzo de dos mil quince, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se confirma.

» Se imponen a la parte apelante las costas causadas en la presente alzada.

» Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal».

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEXTO.- El procurador D.^o Ricardo de la Santa Márquez, en representación de “Bankia, S.A.”, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 10 LOPJ en relación con la falta de suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal.»

«Segundo.- Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial

(art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la –errónea- consideración como hecho notorio de la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el Folleto».

«Tercero.- Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la –errónea- presunción sobre la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el Folleto».

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, de 20 de enero de 2013, de 29 de octubre de 2013, de 17 de febrero de 2017 y de 8 de abril de 2013), ya que la sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a un “error” en el consentimiento que no reúne los requisitos exigidos, pues no existe el necesario nexo causal entre el error y la celebración del contrato».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 14 de Octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue: «1.º Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad “Bankia, S.A.” contra la sentencia dictada, el 11 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 140/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1052/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo.

» 2º. Dese traslado por la Secretaria de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaria de la Sala».

OCTAVO.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso, lo que hicieron mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó someter el contenido de dichos recursos al conocimiento del pleno de la Sala del 27 de enero de 2015.

DÉCIMO.- Por autos de 14 de enero de 2016 se estimó justificada la abstención de los Magistrados Excmos. Sres. D. Javier Orduña Moreno y D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto

UNDÉCIMO.- En la fecha señalada tuvo lugar la deliberación, votación y fallo de los recursos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL SARAZÁ JIMENA**, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso.

1.- El 19 de julio de 2011, D.^o José Antonio Couso Fernández y D.^a Anastasia Martínez Nogueira, conductor y maestra jubilados, adquirieron en la sucursal de “Bancaja” de la que eran clientes, por consejo de una empleada de la entidad y acogiéndose a la oferta pública de suscripción de acciones promovida por “Bankia, S.A.” (en lo sucesivo, Bankia), acciones emitidas por dicha sociedad, por importe de 9.997,50 euros. Aproximadamente un año después de tal adquisición, tras la intervención y rescate público de Bankia, el valor de dichas acciones había desaparecido prácticamente.

2.- En diciembre de 2014, D.^o José Antonio Couso Fernández y D.^a Anastasia Martínez Nogueira interpusieron demanda contra “Bankia, S.A.” en la que solicitaban que se declarase la nulidad de la orden de compra de acciones de Bankia que suscribieron en julio de 2011, por la concurrencia de error vicio del consentimiento, de manera que Bankia se hiciera cargo de la titularidad de las acciones y reintegrara a los demandantes la cantidad que estos invirtieron en la compra de las acciones con sus intereses legales desde la fecha de ejecución de la orden de compra.

Los demandantes basaban la existencia de error vicio, resumidamente, en que la imagen de solvencia y de obtención de beneficios transmitida por Bankia cuando hizo la oferta pública de suscripción de acciones no se correspondía con la realidad y provocó el error en el consentimiento de los demandantes.

3.- Bankia se opuso a las pretensiones de los demandantes. En su contestación a la demanda alegó, resumidamente, la existencia de prejudicialidad penal por la existencia de un proceso penal en el que se estaba investigando el supuesto engaño en la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia; que la demanda carecía de base probatoria pues los hechos que los demandantes consideraban notorios no lo eran; que la oferta pública de suscripción de acciones había observado las exigencias legales y reglamentarias, bajo la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV); y que la reformulación de las cuentas anuales del ejercicio 2011, o que estas fueran distintas de la proyección efectuada en el primer trimestre de 2011, no constituye un ilícito civil, penal o societario, ni vicia la suscripción de acciones realizada por los demandantes, pues dichas modificaciones contables fueron debidas a la radical disociación de las previsiones y la economía real puesta de manifiesto en el primer trimestre de 2012 y a los cambios regulatorios que tuvieron lugar.

4.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo, al que había correspondido el conocimiento de la demanda, dictó sentencia en

la que desestimó la existencia de prejudicialidad penal pues no era necesario que se dictara una sentencia penal condenatoria para que pudiera estimarse la existencia de error, y consideró que en menos de doce meses desde que se produjo la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia, los hechos demostraron que la aparente solvencia de Bankia no era tal, pues necesitó un rescate público de gran envergadura para seguir adelante, por lo que existió un error sobre los elementos esenciales del negocio de suscripción de acciones que determinan el consentimiento del suscriptor (robustez patrimonial y financiera de la entidad y existencia de beneficios millonarios), de carácter excusable pues la información incorrecta fue confeccionada por el emisor.

5.- Bankia apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó su recurso. Esta consideró que el caso era muy similar a otro anterior sobre nulidad de suscripción de acciones de Bankia, en que habían intervenido los mismos letrados y las alegaciones fueron muy similares, por lo que reprodujo lo declarado en la sentencia dictada en el caso anterior.

La Audiencia expuso en su sentencia los hechos más relevantes para la decisión del asunto: creación de BFA y de Bankia; decisión de salida a bolsa de Bankia mediante una oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones; salida a bolsa el 20 de julio de 2011 con base en un folleto que contenía los datos resultantes de los estados financieros intermedios reunidos del Grupo Bankia correspondientes al primer trimestre de 2011; intervención pública del Banco de Valencia, filial de Bankia, en noviembre de 2011; publicación de nuevos requerimientos de capital mínimo por parte de la “European Banking Authority” (Autoridad Bancaria Europea), que también en noviembre de 2011 comunicó que las necesidades adicionales de capital del grupo Bankia se situaban en 1329 millones de euros; remisión a la CNMV de las cuentas anuales individuales y consolidadas de Bankia correspondientes al ejercicio 2011, sin auditar, en las que se reflejaban unos beneficios de unos 305 millones de euros (309 considerando las cuentas *pro forma*),

que tuvo lugar el 4 de mayo de 2012; dimisión de D. Rodrigo Rato, presidente de Bankia, el 7 de mayo de 2012; solicitud, por parte de la nueva dirección de Bankia, de que fuera intervenida por el FROB, lo que tuvo lugar el 9 de mayo de 2012; reformulación de las cuentas anuales de 2011 por los nuevos administradores de Bankia, que fueron remitidas al CNMV el 25 de mayo de 2012, ahora sí auditadas, y que arrojaban unas pérdidas de unos tres mil millones de euros; suspensión de la cotización de las acciones ese mismo día e inyección pública de unos 19.000 millones de euros para su recapitalización; y la reducción del valor nominal de las acciones de Bankia de los dos euros iniciales a un céntimo, de modo que se constituyeron nuevas acciones de un euro por cada cien acciones antiguas.

Hizo referencia la Audiencia a la regulación que la normativa del mercado de valores hace de las ofertas públicas de venta o de suscripción, y concretamente a la regulación del folleto que debe publicarse en estos casos y la información que debe contener. Asimismo, tomó en consideración la «enorme y sustancial disparidad» entre los beneficios y las pérdidas reflejados en unos y otros documentos, pues de las cuentas definitivamente formuladas y auditadas resultó que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto de que Bankia acabó solicitando la intervención pública, lo que consideró como un hecho notorio.

Confirmó también el rechazo de la petición de suspensión por prejudicialidad penal, pues el dolo penal es independiente del dolo o culpa civil y existía prueba suficiente de que la situación financiera de Bankia reflejada en el folleto no se correspondía con la real. Y que debía tomarse en consideración la interpretación restrictiva que debía darse a la suspensión por prejudicialidad penal, en cuanto supone una crisis procesal, y por aplicación del criterio interpretativo del art. 3.1 del Código Civil.

Y concluía afirmando que los demandantes compraron las acciones de Bankia equivocadamente, por error que vició el consentimiento que prestaron para su adquisición, para lo que fue

determinante la información ofrecida por la entidad financiera y recibida por los demandantes, incluida en el folleto de suscripción.

6.- Bankia ha interpuesto contra esta sentencia un recurso extraordinario por infracción procesal que se basa en tres motivos, y un recurso de casación que se basa solamente en uno.

En estos motivos se plantean algunas de las cuestiones que han sido objeto del proceso en las dos instancias. A ellas se ceñirá esta resolución.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El epígrafe con que se encabeza este motivo es el siguiente:

«Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 10 LOPJ en relación con la falta de suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal».

2.- En este motivo del recurso, Bankia alega que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe tanto el apartado 4º del art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto; como el apartado 2º de dicho artículo, que ordena la suspensión del proceso civil cuando concurren estos dos requisitos:

1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

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

3.- Bankia alega en su recurso que las determinaciones fácticas que se establezcan en el proceso penal son decisivas en el civil, pues si las cuentas anuales y la información del folleto de emisión fueran falsas, la información proporcionada a los clientes habría sido errónea, pero si las cuentas hubieran reflejado la imagen fiel de Bankia cuando se hizo la emisión de acciones, los clientes no habrían recibido información errónea y por tanto no habrían incurrido en error. Coincidirían el hecho constitutivo de la causa de pedir del proceso civil (la falta de veracidad de las cuentas y el déficit patrimonial de Bankia cuando salió a Bolsa) con uno de los elementos del tipo penal enjuiciado (el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad), por lo que si en el proceso penal se llegara a la conclusión de que ni Bankia ni sus administradores falsearon la información contable sino que esta reflejaba la imagen fiel de la sociedad, tal pronunciamiento tendría efectos de cosa juzgada en el proceso civil.

TERCERO.- Decisión de la Sala. No procede la suspensión por prejudicialidad penal.

1.- Esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre el tratamiento que ha de darse a la prejudicialidad penal en el proceso civil. En la sentencia 596/2007, de 30 de mayo, la sala declaró, aplicando la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil pero en términos que, en lo que aquí interesa, siguen siendo válidos con la actual regulación, que «[...] cuando se pretende obtener la suspensión [por prejudicialidad penal], para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil (A. 24 nov. 1998), pues sólo obliga a suspender la "exclusividad" expresada, **y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de**

convicción traídos al proceso civil (S. 10 mayo 1985)» (énfasis añadido).

2.- La prejudicialidad penal viene determinada por los hechos objeto del proceso, no por su valoración. La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre, declaró:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, **salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas** (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, F. 3)» (énfasis añadido).

Los tribunales civiles deben partir de los hechos declarados probados por las resoluciones firmes dictadas por tribunales de la jurisdicción penal, y, en especial, no pueden basar su decisión en la existencia de unos hechos que una sentencia penal haya declarado inexistentes. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de los criterios de valoración propios de una y otra jurisdicción y de los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, o, más exactamente, el ejercicio privado de los derechos y el ejercicio del *ius puniendi*.

3.- Los hechos fundamentales en que se basa la demanda que ha dado origen a este proceso (resumidamente, contenido del folleto de la

oferta pública de suscripción de acciones de Bankia, salida a bolsa y precio de las acciones, formulación de las primeras cuentas anuales de 2011, reformulación de dichas cuentas pocos días después de que las primeras fueran comunicadas a la CNMV y sustancial diferencia de contenido entre unas y otras, intervención pública de Bankia y rescate, pérdida casi total del valor de las acciones, etc.) no son cuestionados por la demandada. Lo que Bankia niega es que existiera error, inexactitud o falsedad en la información que se incluyó en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones.

Pero en este proceso civil no se discute si los administradores de Bankia incurrieron en una conducta delictiva de falseamiento de los datos incluidos en el folleto, sino si estos datos, por su inexactitud, provocaron el error vicio de los demandantes.

Una vez que esos hechos fundamentales en que se basa la demanda han sido aceptados por las partes y que la falsedad a que se hace referencia, como objeto del proceso penal, no es de naturaleza material sino ideológica, la decisión del tribunal penal acerca de los hechos investigados no tendrá influencia decisiva en la resolución del proceso civil que se siga por error en el consentimiento prestado para suscribir las acciones de Bankia como consecuencia de la información contenida en el folleto de la oferta pública, pues la valoración relativa a la corrección de los datos contables contenidos en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones y la relativa al cumplimiento de las exigencias de la normativa sobre el mercado de valores constituirían unas valoraciones no tanto fácticas, relativas a la prueba de los hechos, como sobre todo jurídicas, pues debe valorarse si la aplicación de las normas contables en la elaboración de los estados contables utilizados en la confección del folleto fue adecuada y si la conducta de Bankia se ajustó a las exigencias de la normativa del mercado de valores.

Esto es, aunque la decisión del tribunal penal fuera absolutoria, ello no determinaría la desestimación de las pretensiones formuladas en este proceso civil, pues no relevaría al tribunal civil de aplicar, conforme a los criterios y principios que rigen el enjuiciamiento de las cuestiones civiles, las normas contables y las del mercado de valores.

Esas 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 aquel 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 considerara acreditada la falsedad de los documentos contables, en el plano fáctico tal decisión no supondría tanto una declaración de inexistencia de hechos (ya hemos dicho que no existe controversia sobre los hechos fundamentales), vinculante en el proceso civil, como una afirmación de que no se había alcanzado el estándar de prueba exigible en el proceso penal.

En cuanto a la valoración jurídica, y en concreto a la valoración de la aplicación de la normativa contable y del mercado de valores, porque los principios que inspiran el proceso penal suponen unas exigencias inaplicables al proceso civil en que se ejercitan derechos privados. Esto puede implicar que en el proceso civil se llegue a una valoración jurídica sobre la correcta o incorrecta aplicación de las normas contables (valoración de activos, dotación de provisiones, etc.) y de las que regulan el mercado de valores que no tiene por qué ser la adoptada en el proceso penal. En el proceso penal no es relevante cualquier inexactitud de los datos contables ni cualquier aplicación controvertida de la normativa contable y del mercado de valores, solo lo es aquella inexactitud y aquellos incumplimientos que permitan calificar de delictiva la actuación de los administradores imputados y fundar una sentencia penal condenatoria.

4.- El artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Por las razones que se han expuesto, aunque el tribunal penal no considerara probado que los estados contables no reflejaban la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de Bankia, o entendiera que no lo hacían con la intensidad suficiente como para

integrar una conducta delictiva, tal hecho no tendría una influencia decisiva en la resolución del litigio civil por las razones que se han expuesto en relación al estándar de prueba exigible en el proceso penal y en el proceso civil, respectivamente, dada la falta de controversia sobre los hechos expuestos por la Audiencia Provincial a que se ha hecho referencia.

Y no se produciría propiamente una contradicción entre sentencias, incompatible con el art. 24 de la Constitución de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, por cuanto que la sentencia de la jurisdicción civil no estaría afirmando hechos que la sentencia penal pueda negar, sino que estaría realizando una valoración de determinadas cuestiones contables y financieras conforme a los principios inspiradores del proceso civil, que no exige la existencia de una prueba de cargo, en el aspecto fáctico, ni la aplicación de los criterios valorativos propios del proceso penal, en el aspecto jurídico. Cada orden jurisdiccional tiene una independencia valorativa, acorde con su función y con las características de las pretensiones que ante cada uno de ellos se ejercitan, que justifica que unos mismos hechos puedan ser valorados desde perspectivas diferentes sin por ello vulnerar los arts. 9.3 y 24 de la Constitución.

5.- Por otra parte, el régimen de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto previsto en el art. 28 de la Ley del Mercado de Valores (actual art. 38 del texto refundido) como sistema de protección reforzada al inversor pero con un plazo de prescripción relativamente breve, sería ineficiente si ante cualquier reclamación de esta naturaleza hubiera de esperarse a la finalización por sentencia firme de la causa penal que pudiera seguirse contra los administradores sociales por falsedad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad.

Que la acción respecto de la que se plantean los recursos sea en este caso la de nulidad por error vicio y no la de responsabilidad por folleto no obsta a que el régimen de esta pueda servir para entender el

alcance que debe darse a la prejudicialidad penal respecto de las acciones que se ejerciten por las inexactitudes contenidas en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones.

6.- Dado el fundamento constitucional de la institución de la prejudicialidad penal (evitar la existencia de resoluciones contradictorias que vulnere el art. 24 de la Constitución), hay que tomar en consideración que también los demandantes tienen derecho a una tutela judicial efectiva que excluye la existencia de dilaciones indebidas, y que procesos penales como el que se sigue contra los administradores de Bankia han de tener inevitablemente una duración considerable por la complejidad de las cuestiones que en ellos se enjuician. Por tanto, debe realizarse una aplicación de la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal equilibrada, que responda a las exigencias de dicha institución pero que no vulnere injustificadamente el derecho de los accionistas a un proceso sin dilaciones indebidas.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El epígrafe de este motivo dice así:

«Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la –errónea- consideración como hecho notorio de la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el folleto».

2.- La recurrente considera que dicha infracción se produce porque la Audiencia Provincial no se limita a señalar la notoriedad de hechos indiscutibles y de general conocimiento, sino que afirma que goza de notoriedad absoluta y general que la situación financiera de Bankia no se correspondía con la real cuando salió a bolsa y que el folleto de la oferta pública de suscripción adolecía de falta de veracidad en su contenido.

Afirma el recurso que, según la sentencia recurrida, la notoriedad de la falsedad de la información financiera y contable vendría refrendada por el informe y conclusiones de los técnicos del Banco de España que intervinieron en el proceso penal, pero la Audiencia desconoce que en ese proceso penal y en el propio proceso civil hay otros informes periciales que alcanzan conclusiones diametralmente opuestas.

QUINTO.- Decisión de la Sala. La sentencia recurrida no ha hecho una aplicación incorrecta de los “hechos notorios”.

1.- La recurrente distorsiona el contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que esta no afirma que sea notorio que la situación financiera de Bankia no se correspondiera con la real cuando salió a bolsa y que el folleto de la oferta pública de suscripción adoleciera de falta de veracidad en su contenido. Lo que afirma la Audiencia es que «resulta prueba bastante acreditativa» de tal extremo.

2.- Por otra parte, el recurso a los “hechos notorios” no resulta incorrecto cuando se trata de hechos y de datos económicos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, y que han sido objeto de una amplia difusión y conocimiento general, como son los que constituyen el núcleo fundamental de la base fáctica de la sentencia.

Es de plena aplicación la doctrina contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en la que afirmamos:

«153. 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 eget probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" .

»154. 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; RC 269/1994, afirma que para que los

hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero 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.

»155. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la 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, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba».

3.- Por otra parte, la impugnación que Bankia formula en su recurso respecto de la valoración que la sentencia recurrida hace de la prueba, en concreto del informe de los técnicos del Banco de España, no solo es una cuestión ajena a la infracción legal denunciada, relativa a la aplicación de la institución de los "hechos notorios" en el proceso civil, sino que confirma que la conclusión de la sentencia recurrida sobre la existencia de graves inexactitudes en el folleto de la oferta pública no se alcanza por considerarla "notoria", sino como resultado de la valoración de las pruebas practicadas.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El tercer motivo de este recurso se encabeza así:

«Por el cauce del núm. 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) en relación con el artículo 386 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, en relación con la –errónea- presunción sobre la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el Folleto».

2.- Bankia argumenta este motivo del recurso alegando, resumidamente, que la Audiencia Provincial apreció la existencia de error del consentimiento porque presume, desde los hechos objetivos que describe, referidos a Bankia, que la información contenida en el folleto no reflejaba su verdadera situación económico-financiera cuando fue publicado, pero no exterioriza adecuadamente el proceso lógico que le lleva a dicha conclusión, siendo además inadecuada la prueba de presunciones para la apreciación de este extremo, que exige un complejísimo análisis multifactorial. El informe pericial acompañado con la contestación a la demanda habría probado la veracidad de la información económica incorporada al folleto.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. La Audiencia Provincial no ha hecho uso de ninguna presunción judicial.

1.- Como acertadamente pone de relieve la parte recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial no acude a las presunciones judiciales para llegar a la conclusión de la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente se encontraba Bankia cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se reflejaba en el folleto que a tal efecto emitió. Lo que hace la Audiencia Provincial es tomar en consideración una serie de hechos (la inspección del Banco de España llevada a cabo en diciembre de 2010, la sanción impuesta a la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, la intervención del Banco de Valencia en noviembre de 2011, el informe de la Autoridad Bancaria Europea que fijaba en 1.329 millones de euros las necesidades de capitalización de Bankia tan solo tres meses y medio después de culminada la oferta pública de suscripción de acciones, y la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 que fueron presentadas a la CNMV en mayo de 2012 en las que se recogían unos beneficios de más

de trescientos millones de euros, frente a las pérdidas de unos tres mil millones de euros que resultaron de la formulación de dichas cuentas tan solo veinte días después), valorarlos y sacar las conclusiones que considera adecuadas.

2.- Asimismo, la Audiencia Provincial ha valorado determinadas pruebas, como son los informes de los peritos judiciales, técnicos del Banco de España, designados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 en el proceso penal que se sigue contra los directivos de Bankia. Es por ello que, en el desarrollo del motivo, Bankia ha criticado severamente la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. Pero esto no hace sino confirmar que la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial (que los datos que contenía el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenían graves inexactitudes pues no recogían la verdadera situación patrimonial y financiera de Bankia, ni los beneficios realmente obtenidos) no lo ha sido mediante una presunción judicial, sino por la valoración de la prueba practicada y por la consideración conjunta de los datos fijados en el proceso.

3.- Sobre esta cuestión, declara la sentencia de esta Sala 647/2014, de 26 de noviembre:

«Por otra parte, como recuerda la Sentencia 586/2013, de 8 de octubre, con cita de otras anteriores, “las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica (Sentencias 836/2005, de 10 de noviembre, y 215/2013 bis, de 8 de abril)”. Al igual que en el caso

resuelto por la citada Sentencia 586/2013, de 8 de octubre, en el presente, ni la parte propuso la aplicación de presunción alguna ni el tribunal hizo otra cosa que obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a las pruebas practicadas y realizar las valoraciones jurídicas que ha considerado oportunas en relación a tales hechos. Por ello, no se ha aplicado el art. 386.1 LEC, ni por tanto puede haber sido infringido».

Se trata de una doctrina jurisprudencial plenamente aplicable a este recurso, pues la Audiencia Provincial no realiza invocación alguna al art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula las presunciones judiciales, ni hace uso de estas, sino que ha valorado una serie de hechos y de datos económicos, la mayoría de ellos públicos y de libre acceso y conocimiento por cualquier interesado, así como determinadas pruebas, como son los informes obrantes en el proceso penal, para alcanzar la conclusión sobre la inexactitud del folleto.

Recurso de casación.

OCTAVO.- Formulación del único motivo de casación.

1.- El único motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente título: «Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, de 20 de enero de 2013, de 29 de octubre de 2013, de 17 de febrero de 2017 y de 8 de abril de 2013), ya que la sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a un “error” en el consentimiento que no reúne los requisitos exigidos, pues no existe el necesario nexo causal entre el error y la celebración del contrato».

2.- El motivo se justifica alegando que la Audiencia Provincial no ha examinado el requisito de la existencia del nexo causal entre el error y la celebración del contrato, pues los demandantes habrían reconocido incluso que no habían leído el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia, por lo que la falta de veracidad del folleto no

podría considerarse como la causa de la prestación del consentimiento de los demandantes.

NOVENO.- Decisión de la Sala. Consecuencias de las graves inexactitudes del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones.

1.- La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el art. 1266 del Código Civil, ha declarado que para que el error invalide el consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular.

Esta doctrina jurisprudencial es acorde con lo previsto por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), cuyo art. 4:103 establece: «Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias».

2.- La sentencia recurrida no utiliza ciertamente la expresión “nexo causal”, pero considera que las graves inexactitudes de la información

contenida en el folleto de la oferta de suscripción pública de acciones fueron la causa del error sustancial y excusable sufrido por los demandantes.

Lo hace al reproducir resoluciones, propias o de otras Audiencias, que considera resuelven casos análogos al enjuiciado, en las que se afirma el carácter determinante del contenido del folleto para la prestación del consentimiento de los suscriptores de acciones de Bankia y la relación de causalidad entre uno y otro.

Además, en el razonamiento de la sentencia es obvio que si los demandantes no hubieran incurrido en tal error sobre la situación económica de Bankia, no habrían consentido en adquirir las acciones. De la sentencia recurrida se desprende que los adquirentes de las acciones se hicieron una representación equivocada de la situación patrimonial y financiera, y de la capacidad de obtención de beneficios, de Bankia y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión. Tras adquirir las acciones, a los pocos meses, se hizo evidente que los demandantes habían adquirido acciones de una sociedad cuya situación patrimonial y financiera era muy diferente de la que se expresaba en el folleto de la oferta pública, pues presentaba unas pérdidas multimillonarias, hubo de ser intervenida y recibió la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. De ahí proviene el carácter sustancial del error en la suscripción de las acciones.

La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora.

3.- De acuerdo con el art. 30.bis de la Ley del Mercado de Valores, «[u]na oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los

valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores».

El folleto que exige la normativa sobre el mercado de valores en los supuestos de ofertas públicas de suscripción de acciones como la formulada por Bankia (arts. 26 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 16 y siguientes del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre) tiene por finalidad justamente informar a los potenciales inversores sobre la conveniencia de suscribir las acciones que se ofertan, por tener la sociedad una saneada situación patrimonial y financiera y una expectativa fundada de obtener beneficios, para que puedan formar su consentimiento con conocimiento de los elementos esenciales y los riesgos que pueden afectar previsiblemente a las acciones objeto de la oferta pública. Máxime si se trata de pequeños inversores, que únicamente cuentan con la información que suministra la propia entidad, a diferencia de los grandes inversores, que pueden tener acceso a otro tipo de información complementaria.

El art. 27.1 de la Ley del Mercado de Valores prevé:

«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».

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 carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído

necesariamente el folleto, como ocurrió en el caso de los demandantes, a quienes la información llegó a través de una empleada de la sucursal de Bankia en la que tenían abierta su cuenta bancaria, lo que generalmente determina una relación de confianza entre el empleado de la sucursal bancaria y el cliente habitual.

No hacen falta especiales razonamientos para concluir que si los datos económicos recogidos en el folleto no hubieran contenido las graves inexactitudes que afirma la sentencia recurrida, la información difundida a través de la publicación de tal folleto y los comentarios que el mismo hubiera suscitado en diversos ámbitos, habrían disuadido de realizar la inversión a pequeños inversores como los demandantes, que no tienen otro interés que el de la rentabilidad económica mediante la obtención y reparto de beneficios por la sociedad y la revalorización de las acciones, y que no tienen otro medio de obtener información que el folleto de la oferta pública, a diferencia de lo que puede ocurrir con los grandes inversores.

4.- Que lo adquirido por los demandantes hayan sido acciones de una sociedad anónima no resulta obstáculo a la apreciación de la nulidad de la orden de suscripción de acciones por concurrencia de error vicio del consentimiento.

Es cierto que diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, así como un sector de la doctrina científica, consideran que anular el contrato de suscripción de acciones supone, de facto, anular el aumento de capital. Para ello, consideran que la anulación de la adquisición de las acciones objeto de una oferta pública no es posible por lo previsto en el art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece una relación tasada de las causas de nulidad de la sociedad entre las que no se encuentran los vicios del consentimiento. Sostienen que habría que acudir exclusivamente a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en las normas sobre el folleto (arts. 28.3 de la Ley del Mercado de Valores, actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, y 36 del Real Decreto 1310/2005), pues no cabría una acción de nulidad contractual por vicios del consentimiento.

En nuestro Derecho interno, los desajustes entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la normativa del mercado de valores (básicamente, art. 28 de la Ley del Mercado de Valores) provienen, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas.

No obstante, de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso Alfred Hirman contra ImmoFinanz AG) se desprende que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas.

Según la interpretación del TJUE, el accionista-demandante de la responsabilidad por folleto ha de ser considerado un tercero, por lo que su pretensión no tiene *causa societatis*, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales. De acuerdo con esta sentencia, el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas en las Directivas comunitarias y que obligue a la sociedad a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas.

Por tanto, los acreedores de la sociedad no están protegidos hasta el punto de que la sociedad no pueda contraer deudas de resarcimiento. Y ello abre la puerta, aunque la previsión legal parezca apuntar prioritariamente a la acción de responsabilidad civil por inexactitud en el folleto, a la posibilidad de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento (arts. 1300 y 1303 del Código Civil) cuando, como en el caso de los pequeños inversores que han interpuesto la demanda, dicho error es sustancial y excusable, y ha determinado la prestación del consentimiento. En tal caso, no se trata de una acción de resarcimiento, pero los efectos prácticos (la restitución de lo pagado por las acciones, con restitución de estas a la sociedad para que pueda

amortizarlas) son equiparables a los de una acción de resarcimiento como la contemplada en esta sentencia del TJUE (reembolso del importe de la adquisición de las acciones y entrega de estas a la sociedad emisora).

DÉCIMO.- Costas y depósitos.

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por “Bankia, S.A.” contra la sentencia núm. 128/2015 dictada el 11 de mayo por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 140/2015.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán.-José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Sarazá Jimena.- Eduardo Baena Ruiz.-Pedro José Vela Torres.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- FIRMADO y RUBRICADO.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

