

**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/Acuerto: 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.<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán y asistidos por el letrado D<sup>o</sup>. José Antonio Ballesteros Garrido.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia.**

**PRIMERO.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Florentina González Rubín, en nombre y representación de D.<sup>o</sup> José Antonio Couso Fernández y D.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup> 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.<sup>a</sup> 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 detracer 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 detracer 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.<sup>o</sup> José

Antonio Couso Fernández y D.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup> 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 n.º 1052/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Oviedo.

» 2.º. 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 un 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 egent 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.

#### **SEXO.- 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.

### **FALLAMOS**

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.