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. Mª Teresa Rodríguez Valls**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA Nº: **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 Dª 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 Dª 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 Dª 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 Dª 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 acogiéndose 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 especifico 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 confusionismo 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 apellatione* (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, SSTS 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.