



Roj: **STS 4061/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4061**

Id Cendoj: **28079110012021100749**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2021**

Nº de Recurso: **3206/2017**

Nº de Resolución: **770/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 770/2021**

Fecha de sentencia: 05/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3206/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION N. 9

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN núm.: 3206/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 770/2021**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 5 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Hilario y doña Valentina, representados por la procuradora doña Elvira Orts Rebollida, bajo la dirección letrada de don Lucas Godoy Herrera contra la sentencia n.º 370/2017 de fecha 8 de junio de 2017 dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia y aclarada por auto de 14 de junio de 2017, en el rollo de apelación n.º 309/2017, dimanante del



juicio ordinario n.º 872/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valencia. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador don José Manuel Jiménez López y bajo la dirección letrada de don Jaime Adrada de la Torre.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora doña Elvira Orts Rebollida en nombre y representación de don Hilario y doña Valentina interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra la entidad Bankia S.A., ejercitando, con carácter principal, una acción de anulación por vicio de consentimiento de contrato de adquisición de 5.930 acciones de Bankia S.A. y subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios por la suscripción de acciones con carácter posterior a la salida a bolsa de la entidad debido a la incorrecta información transmitida por la entidad al mercado sobre la situación patrimonial de Bankia S.A, tanto con carácter previo a la emisión de los títulos como con posterioridad a la Oferta Pública de Suscripción de Acciones, en la que solicitaba se dictase sentencia en la que en base a los hechos expuestos se acordase:

"De manera principal:

"1.º Se declare anulado por vicio de consentimiento de dolo y/o error el contrato por el que se suscriben 5.930 acciones de Bankia en el mercado secundario, realizado por D. Hilario y D.ª Valentina .

" 2.º Como consecuencia de la anulación de dicho contrato y en virtud de lo dispuesto en el art. 1303 CC, se condene a Bankia S.A a restituir a D. Hilario y D.ª Valentina la cantidad de DIEZ MIL DIECIOCHO EUROS CON DIEZ CÉNTIMO DE EURO (10.018,10 €), incrementada en los intereses legales que se devenguen desde la fecha de adquisición de las acciones.

" Igualmente, mis mandantes deberán restituir la totalidad de las acciones de Bankia S.A., en cumplimiento de los efectos de la nulidad contractual.

" De manera subsidiaria:

" Se condene a Bankia a indemnizar a D. Hilario y D.ª Valentina en concepto de responsabilidad civil ex art. 35 ter LMV por falsedades u omisiones contenidas en la información financiera proporcionada hasta la reformulación de cuentas de 25 de mayo de 2012, en la cantidad de 9.181,80 € que resulta de restar a la inversión de 10.018,10 € en las acciones adquiridas con fecha 23 de mayo de 2012, el valor de cotización bursátil de las acciones agrupadas a 22 de abril de 2013, de 826 € y 0,30€ o, subsidiariamente en la cantidad, que habría de determinarse en ejecución de sentencia, que resulte de restar a los 10.018,10 € invertidos, 0,30 €(de la liquidación del resto) y el valor de cotización bursátil que tengan las 59 acciones agrupadas en el momento en que se inste la ejecución de la sentencia y los dividendos que eventualmente se obtengan por dichas acciones".

2. La demanda fue presentada el 13 de mayo de 2016, turnada al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valencia y registrada como juicio ordinario n.º 872/2016. Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de solicitar que tras los trámites que procediesen se dictase sentencia "(...) en cuya virtud:

"1. Principalmente dicte sentencia por la que sean desestimadas todas las pretensiones de la parte actora, absolviéndose a mi representada de las mismas

" 2. Subsidiariamente para el caso de no considerar procedente el Fallo indicado en el apartado 1 anterior, modere la indemnización conforme a lo expuesto en el apartado III) de los fundamentos de fondo,

" 3. Y todo ello, con expresa condena en costas de la demanda a la parte actora, con los pronunciamientos legales a todo ello inherentes".

3. Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valencia dictó sentencia n.º 517/2016 de fecha 16 de noviembre de 2016 con el siguiente fallo:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D. Hilario Y D.ª Valentina contra BANKIA SA, imponiendo a la parte actora el abono de las costas derivadas del presente procedimiento".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. Don Hilario y doña Valentina interpusieron recurso de apelación contra la sentencia anterior, al que se opuso, en tiempo y forma, la representación de Bankia S.A., solicitando que se dictase sentencia que



desestimase el recurso de apelación, confirmando la sentencia impugnada con los pronunciamientos legales a ello inherentes.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 309/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 370/2017 de 8 de junio de 2017 aclarada por auto de 14 de junio de 2017, en el siguiente sentido:

"[...]FUNDAMENTOS DE DERECHO

"ÚNICO .- Que de conformidad con lo prevenido en el artículo 267.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que indica que los errores materiales manifiestos y los aritméticos en sentencia y autos definitivos, podrán rectificarse en cualquier momento, procede rectificar la resolución dictada en esta alzada en el sentido de sustituir lo dispuesto en el Fallo, donde dice: "ESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Hilario y D<sup>a</sup> Valentina contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia núm. 5 de Valencia en fecha de 16 de noviembre de 2016, recaída en el Juicio Ordinario 872/2016, que CONFIRMAMOS.

" Ello con expresa condena en costas en la segunda instancia y se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir."

" Debe decir: "DESESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Hilario y D<sup>a</sup> Valentina contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia núm. 5 de Valencia en fecha de 16 de noviembre de 2016, recaída en el Juicio Ordinario 872/2016, que CONFIRMAMOS.

" Ello con expresa condena en costas en la segunda instancia y se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

" Vistos los preceptos legales aplicables, concordantes y demás de general aplicación.

" LA SALA ACUERDA

" Rectificar la resolución dictada en las presentes actuaciones, conforme lo acordado en el Fundamento de Derecho Único de la presente resolución; confirmando el resto de los pronunciamientos".

**TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La representación de don Hilario y doña Valentina interpuso recurso de casación por interés casacional contra la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia 370/2017, con base en dos motivos:

(i) El primero, denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con los artículos 28 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la concurrencia de vicios invalidantes del consentimiento en aquellos contratos de suscripciones de acciones de la entidad Bankia, S.A. realizados en el mercado secundario con posterioridad a su salida a Bolsa.

(ii) Y el segundo, denuncia la infracción del art. 35 ter LMV y alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, así como la contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la viabilidad de la acción resarcitoria por los daños y perjuicios provocados por la información vertida al mercado por Bankia al tiempo de la suscripción litigiosa, esto es, en momentos muy cercanos a la reformulación de cuentas de 25 de mayo de 2012.

2. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 5 de febrero de 2020 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito el procurador don José Manuel Jiménez López en nombre y representación de Bankia, solicitando que sean desestimadas íntegramente las pretensiones esgrimidas por la parte recurrente en su escrito de casación, acordando confirmar íntegramente la sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Valencia.

3. Por providencia de 14 de septiembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 19 de octubre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*



1. D. Hilario y D.<sup>a</sup> Valentina adquirieron 5930 acciones de Bankia, en el mercado secundario, el día 23 de mayo de 2012, en dos operaciones de compra de 3600 y 2330 títulos, por un precio de 1,68 y 1,69 euros por acción, respectivamente, lo que les supuso un desembolso total, gastos aparte, de 10 018,10 €.

2. Con arreglo a lo dispuesto por la resolución de 16 de abril de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, en ejecución del plan de reestructuración del grupo BFA-Bankia, se acordó, con efectos a 22 de abril de 2013, disminuir el valor nominal de las acciones de Bankia, S.A. (Bankia) de 2 euros por acción a 0,01 euros por acción y agruparlas (contrasplit) para su canje por acciones nuevas a emitir en la siguiente proporción: 100 de las acciones antiguas por 1 acción nueva, con elevación del valor nominal de las acciones de 0,01 euros hasta la cuantía de 1 euro por acción y cancelación de las antiguas acciones.

3. En el año 2016, D. Hilario y D.<sup>a</sup> Valentina interpusieron una demanda contra Bankia ejercitando, con carácter principal, una acción de anulación por vicio del consentimiento a consecuencia de dolo y/o error, y, subsidiariamente, la acción de responsabilidad del art. 35 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), vigente en aquel momento.

Alegaron en la demanda que la información financiera aportada en el folleto de la OPS de Bankia era "absolutamente falsa"; que las cuentas trimestrales de Bankia de 31 de marzo de 2011 y las anuales de ese ejercicio, que fueron aprobadas sin auditar el 28 de marzo de 2012, eran "falsas"; que las cuentas reformuladas y debidamente auditadas, aprobadas por el nuevo Consejo de Administración, el 25 de mayo de 2012, revelaron la verdadera situación patrimonial de la entidad, poniendo de manifiesto que, en el año 2011, lejos de obtener los beneficios augurados por el folleto y confirmados por las cuentas formuladas el 28 de marzo de 2012, se habían producido unas pérdidas de 2911 millones de euros; que, por lo tanto, Bankia suministró una información no acorde con la realidad, de aparente solvencia, que influyó en la voluntad de compra de las acciones, pues sin esa imagen de solvencia esta no hubiera tenido lugar; que la falsedad de la situación financiera de Bankia ha sido la causa del desplome de las acciones, consumado en el momento en el que se ejecutan las medidas de recapitalización impuestas por la resolución del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), a consecuencia de las cuales las 3600 acciones de la primera operación de compra se convirtieron en 36 acciones y las 2330 de la segunda en 23 (las 30 restantes se liquidaron imperativamente por su valor nominal de 0,01 euros) que tenían un valor de cotización bursátil de 14 euros el 22 de abril de 2013, por lo que, en ese momento, la inversión inicial de 10 018,10 euros quedó convertida en 826,30, lo que determina que el daño causado se estime en la cantidad de 9191,80 euros, que constituye la diferencia entre la inversión inicial y el valor de cotización bursátil de las acciones el 22 de abril de 2013, así como el remanente obtenido como liquidación del sobrante de los títulos inicialmente adquiridos, siendo el momento de la ampliación de capital el que fija el valor del perjuicio causado por la información falsa, puesto que las acciones de recapitalización adoptadas por la resolución del FROB de 16 de abril de 2013 tenían por finalidad que las pérdidas reales de la entidad, que se habían ocultado, fueran asumidas por los accionistas; y que la relación de causalidad entre la falsedad de la información sobre la situación financiera de Bankia y las pérdidas resulta obvia, pues si la información sobre la situación financiera de la entidad hubiera sido correcta, el mercado habría asumido desde el primer momento su valor real no resultando necesaria una devaluación forzosa de la acción mediante una reducción de su valor nominal y el aumento de capital por un total de 15 540 millones de euros.

Con base en lo anterior los demandantes solicitaron la anulación del contrato que realizaron suscribiendo 5930 acciones de Bankia en el mercado secundario, al concurrir vicio en el consentimiento por dolo y/o error, y la condena de la demandada al pago de 10 018, 10 euros e intereses legales devengados desde la fecha de adquisición de las acciones, con restitución por su parte de la totalidad de estas; interesando, de forma subsidiaria, la condena de la demandada a indemnizarles, en concepto de responsabilidad civil ex art. 35 ter LMV por falsedades u omisiones contenidas en la información financiera proporcionada hasta la reformulación de cuentas de 25 de mayo de 2012, en la cantidad de 9191,80 euros, o, subsidiariamente, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como resultado de restar a los 10 018,10 euros invertidos, 0,30 (de la liquidación del resto) y el valor de cotización bursátil que tengan las 59 acciones agrupadas en el momento en que se inste la ejecución de la sentencia y los dividendos que eventualmente se obtengan por dichas acciones.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

El juzgado rechaza tanto la acción de nulidad como la de responsabilidad por incumplimiento de información apoyándose en la sentencia de 7 de marzo de 2016 de la AP de Valencia.

Considera, por un lado, que hay que distinguir "[e]ntre las compras realizadas en momentos cercanos a la emisión de las acciones, en que no existía un historial del que deducir la posible situación de la compañía, de aquellos otros posteriores en que el precio de la acción había ido modificándose a tenor de las informaciones



que se iban conociendo sobre la sociedad en cuestión [...]; y por otro lado, que "[l]a posición del actor, como pleno conocedor de la situación de la entidad tras haberse desplomado la misma en bolsa hace evidente que la inversión no se produce por el contenido del folleto sino por su intención de aprovechar una oportunidad del mercado, no existiendo por ello relación de causalidad entre la información del folleto y las pérdidas sufridas por la entidad inversora (sic)".

5. Recurrida la sentencia anterior por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y les impuso las costas.

La Audiencia rechaza la acción de nulidad reiterando, por tratarse "[d]e un criterio consolidado de la Sala [...]", las razones que enumera la sentencia de 19 de abril de 2016 para justificar por qué no puede ser estimada la acción de anulabilidad por error en el consentimiento en los supuestos de compras de acciones en el mercado secundario; a lo que añade, destacando "[e]l gran lapso temporal ocurrido entre la salida a Bolsa de la entidad (20 de julio de 2011) y la compra de los actores (23 de mayo de 2012) [...]", que "[A] la fecha de la compra ya existía una información bursátil, información pública y publicada sobre la evolución de la entidad y su situación financiera y económica y numerosas noticias que constituyen hechos notorios sobre su solvencia, la intervención del Banco de España y la intervención del Frob [...]".

Y la acción subsidiaria de responsabilidad ex art. 35 LMV la desestima "[p]or la fecha en que se produjo la compra", anotando, a renglón seguido, el siguiente argumento:

"[E]ntendemos que se rompe el nexo o la relación de causalidad entre los daños y perjuicios y la información falseada en fecha de 23 de mayo de 2012, dos días antes de la reformulación de las cuentas anuales. Esta quiebra se debe a la información pública, publicada y notoria relativa a los problemas de solvencia y financieros de la entidad, que llevaron a ésta a solicitar la intervención del Banco de España el 21 de noviembre de 2011 y que dio lugar a la intervención del FROB el 9 de mayo de 2012. Precisamente este último hecho produjo una severa caída del valor de cotización de las acciones de Bankia, que finalmente se desplomaron el 25 de mayo de 2012 por la reformulación de las cuentas anuales.

"No compartimos el argumento de los recurrentes, que consideran que habría que estimar todas las acciones por compras anteriores al 25 de mayo de 2012. Dicha fecha se ha fijado como dies a quo respecto el (sic) plazo de prescripción, pero no determina que cualquier compra ocurrida con anterioridad cumpla los requisitos exigidos en el art. 35 ter LMV.

"Los actores no acreditan que sus daños y pérdidas tengan relación de causalidad con la información falseada ofrecida por la entidad, pues a la fecha del 23 de mayo de 2012, ya se conocían los problemas de solvencia, financieros y económicos de la entidad de forma pública y notoria. De hecho sólo dos días después se llevó a cabo la reformulación de cuentas, pero las dudas sobre la situación económica y financiera de la entidad ya eran conocidas públicamente.

"En similares términos se pronuncia el juez a quo y compartimos plenamente sus argumentos, por lo que desestimamos el recurso de apelación y confirmamos íntegramente la demanda".

6. Disconformes con la sentencia de segunda instancia, los demandantes-apelantes han interpuesto recurso de casación por interés casacional.

**SEGUNDO.** *Motivos del recurso de casación. Escrito de oposición. Decisión de la sala.*

*Motivos del recurso*

1. El recurso de casación se funda en dos motivos:

(i) El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento: "Con fundamento en el art. 477.2.3° LEC. por existencia de Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con los artículo (sic) 28 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores".

En su desarrollo, tras afirmar que "[B]ankia es parte del contrato" y que "[o]stenta legitimación pasiva", se alega que "[e]l folleto de la Oferta Pública de Suscripción de acciones contenía información falsa sobre la solvencia y sobre la situación financiera y patrimonial de Bankia S.A [...]"; que "[l]a falsedad de la información del folleto de la OPS no se desvanece tras la salida a bolsa de Bankia y no se descubre hasta la reformulación de las cuentas anuales de 2011 el 25 de mayo de 2012"; que "[C]on posterioridad a la OPS se siguió transmitiendo por Bankia información falsa sobre su solvencia y su situación financiera y patrimonial [...]"; y que "[L]a falsedad de la información contenida en el folleto de la OPS y posterior a la OPS fue el motivo determinante de la realización del contrato de adquisición de acciones de mayo de 2012 [...]".

Como sentencias que ponen de manifiesto el interés casacional por mantener un criterio dispar al de la recurrida y, en general, al sostenido por la Sección Novena de la AP de Valencia, se citan las sentencias de la





AP de La Rioja, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2015; de la AP de León, Sección 1.ª, de 28 de enero de 2016; de la AP de Mallorca de 6 de julio de 2016; de la AP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de julio de 2016; de la AP de Madrid, Sección 21.ª, de 20 de julio de 2016, Sección 10.ª, de 7 de julio de 2016, Sección 12.ª, de 19 de diciembre de 2016; de la AP de Guadalajara, Sección 1.ª, de 29 de julio de 2016; de la AP de Madrid de 2 de enero de 2017; de la AP de Lugo, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2016; y de la AP de Segovia, Sección 1.ª, de 11 de julio de 2016.

(ii) El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento: "[C]on fundamento en el art. 477.2.3º LEC. por existencia de Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de información de las entidades financieras recogidas en el artículo 35 LMV".

En su desarrollo se alega que "[L]os hechos acaecidos en el affaire de Bankia con sus acciones evidencian que no se mantuvo adecuadamente informados a los clientes y que la información dirigida al mercado no representaba la "imagen fiel" por la sencilla razón de que con la reformulación de las cuentas de 25 de mayo de 2012, y nunca antes, se destapó la falsedad flagrante transmitida al mercado por parte de Bankia acerca de su situación financiera y contable"; que "[E]l flagrante incumplimiento por parte de la entidad demandada de los preceptos transcritos condujo inexorablemente a que [...] suscribieran las acciones litigiosas sin haberse formado mentalmente una imagen real y veraz de la situación financiera de la entidad emisora [...]"; y que "[l]os hechos acaecidos, en contra de lo dispuesto por el juzgador de apelación, [...] son] claramente subsumibles en el supuesto de hecho previsto por el artículo 35 ter LMV en la medida que concurre sin lugar a dudas la premisa del desconocimiento de la verdadera imagen fiel de la emisora por parte del inversor [...]".

Como sentencias que ponen de manifiesto el interés casacional por existencia jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales se citan dos sentencias de la AP de Madrid (Sección 12.ª), la 474 y la 476, ambas de 19 de diciembre. Y como sentencias que ponen de manifiesto el interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se citan las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 754/2014, de 30 de diciembre, 398/2015, de 10 de julio, 583/2016, de 30 de septiembre y 677/2016, de 16 de noviembre.

#### *Escrito de oposición*

2. En su escrito de oposición, Bankia aduce, con carácter previo, que en el recurso concurre causa de inadmisión, "[p]uesto que no reúne los requisitos exigidos en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación e infracción procesal del Pleno no jurisdiccional del 27 de enero de 2017". En ese sentido, denuncia la "[e]xtensión excesiva [...]" del escrito de recurso que "[d]ebería ser considerada innecesaria [...]", la utilización por los recurrentes del recurso de casación "[c]omo una tercera instancia [...]" y la inexistencia de las contradicciones de derecho que mencionan "[p]uesto que se trata de supuestos no idénticos [...]".

A continuación, alega, en relación con el motivo primero, por un lado, que "[e]l problema planteado [...] depende única y sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso, y es por eso que el recurso de casación por interés casacional no debe ser admitido, ya que las contradicciones señaladas por la recurrente no son de carácter jurídico y no tienen incidencia en el fallo de la sentencia recurrida"; y por otro lado, que no está legitimada pasivamente "[p]ues no fue parte del contrato, ni siquiera fue intermediaria pues las acciones se adquieren en el Banco Gallego S.A." y que "[l]a compra de acciones dentro del mercado secundario se produce el 23 de mayo de 2012 [...] y] la parte actora/recurrente pretende anular la compra de acciones omitiendo todos los hechos posteriores a la OPS que sí han sido relacionados expresamente por la sentencia recurrida y que impiden la apreciación del error en el consentimiento [...]".

En relación con el motivo segundo, Bankia, en primer lugar, esgrime la prescripción de la acción a mayor abundamiento. A continuación, señala, desde un punto de vista formal, que "[n]o se cumple con el requisito de aportar dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia en las que se decida en un sentido y otras dos de una misma sección de una Audiencia diferente de la primera [...] en las que se decida en sentido contrario sobre un asunto idéntico para demostrar la existencia de interés casacional, por lo que no debe ser admitido a trámite el recurso de casación del recurrente" y que este vuelve a utilizar incorrectamente la vía del interés casacional "[p]retendiendo una nueva valoración de las circunstancias fácticas y por tanto una nueva valoración de la prueba por la sala de casación". Y por último, manifiesta, desde el punto de vista material, que "[l]a compra se realizó en un mercado secundario al margen del folleto [...]"; que "[a] pesar de realizar la suscripción el 23 de mayo de 2012, es decir, dos días antes de que se llevara a cabo la reformulación de cuentas (25 de mayo de 2012), existía información pública, publicada y notoria relativa a los problemas de solvencia de la entidad [...]"; que "[n]o existió ninguna relación de compraventa de acciones entre las partes [...]" por lo que no cabe imputarle "[i]ncumplimiento alguno [...] ya que] no fue parte en el contrato celebrado";



que la acción resolutoria e indemnizatoria por inexistencia de cumplimiento obligacional resulta improcedente y que, en cualquier caso, no puede olvidarse que existe una legislación especial (art. 28 LMV) que no ha sido invocada por la parte actora; que para que surja obligación de indemnizar es necesario probar la existencia de una relación de causalidad y que "[e]l estudio, análisis y posible revisión del nexo causal (que es lo que de facto se pretende de contrario) debería quedar fuera de este recurso de casación interpuesto, por su evidente concepción fáctica"; y, finalmente, que comparte el criterio de la Audiencia Provincial que "[a]l discurrir sobre la improcedencia de indemnización por daños y perjuicios, establece que es muy relevante en el presente caso fijarse en la fecha en que se produce la compra por los actores [...]", concluyendo que se rompe el nexo o la relación de causalidad.

**3.** En la sentencia 546/2016, de 16 de septiembre, dijimos, sobre las cuestiones de admisibilidad:

"[l]a Sala fijó criterio en su Auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 -recurso nº 485/2012- (acogido posteriormente, entre otras, en sentencias núm. 351/2015, de 15 de junio, y 676/2015, de 30 de noviembre), en el que se distingue entre causas de inadmisión absolutas y relativas. Las primeras son aquellas que afectan al propio carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución, el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.2º LEC. Mientras que las otras se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º LEC, a cuestiones de interés casacional [...]"

Las causas de inadmisión que se alegan en este caso no son absolutas. Además, en el escrito de interposición del recurso se identifica, de forma correcta y suficiente, la cuestión jurídica planteada, al tiempo que se expone, de forma clara, cómo ven los recurrentes el interés casacional, lo que ha permitido a la recurrida identificar sin dificultad las cuestiones relevantes y, de esa forma, formular una oposición adecuada a lo pretendido por los recurrentes.

Por lo tanto, procede entrar a analizar el fondo del recurso interpuesto, que, por otro lado, es lo más acorde a las exigencias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

*Decisión de la sala.*

**4. Motivo primero.** En el motivo primero, los recurrentes parten de la legitimación pasiva de la demandada. Pero, en este caso, igual que en el analizado por la sentencia 371/2019, de 27 de junio, cuya doctrina resulta de aplicación, Bankia no vendió las acciones, porque no se trató de una venta como consecuencia de una oferta de la propia entidad (OPS), o en el mercado primario, sino de una venta en el mercado secundario (bolsa) en la que los recurrentes compraron las acciones a un tercero, del que se desconoce cómo las había adquirido a su vez. Bankia no fue parte en los contratos de compraventa de las acciones.

Por lo tanto, Bankia no está legitimada pasivamente para soportar la acción de nulidad que se ejercita en la demanda en relación con la adquisición, el 23 de mayo de 2012, de las acciones litigiosas.

En consecuencia, el primer motivo se desestima.

**5. Motivo segundo.** De cara al examen del segundo motivo conviene introducir, con carácter preliminar, a la vista de las alegaciones de Bankia, las siguientes precisiones: (i) Bankia no planteó la prescripción de la acción del art. 35 ter LMV en la instancia, por lo que la referencia a la misma para apoyar, siquiera sea de paso o de forma complementaria, la desestimación del motivo, resulta abiertamente improcedente; es cierto, que la Audiencia Provincial la menciona, pero tal mención, aparte de innecesaria, dado que, como la propia Audiencia señala, la prescripción no había sido alegada y no puede ser apreciada de oficio, carece de valor y no produce ningún efecto; (ii) las alusiones de Bankia a una inexistente relación de compraventa, a una acción resolutoria e indemnizatoria, o al art. 28 LMV carecen de sentido, puesto que ninguna de tales cuestiones subyace tras el motivo, que está centrado en la responsabilidad del emisor por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los apartados 1 y 2 del artículo 35 LMV y en sus consecuencias y que denuncia la infracción por la sentencia recurrida del art. 35 ter LMV; (iii) finalmente, la corrección del juicio de apreciación del nexo causal por parte de la Audiencia Provincial, a partir de los hechos que esta considera probados de los que no se puede desvincular la sala, constituye una valoración jurídica y no fáctica que forma parte del juicio de casación y que, por lo tanto, podemos examinar y decidir.

**6.** El art. 35 ter LMV dispone: "1. La responsabilidad por la elaboración y publicación de la información a la que se hace referencia en los apartados 1 y 2 del artículo 35 de esta Ley deberá recaer, al menos, sobre el emisor y sus administradores de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

"2. De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, el emisor y sus administradores, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de que la información no proporcione una imagen fiel del emisor. La acción para exigir



la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de que la información no proporciona una imagen fiel del emisor".

La información a la que se hace referencia en los apartados 1 y 2 del artículo 35 LMV, única a la que cabe referir la responsabilidad de los emisores regulada en el art. 35 ter LMV, es la relativa al informe financiero anual comprensivo de las cuentas anuales y el informe de gestión, así como las declaraciones de responsabilidad de su contenido, y al informe semestral comprensivo de las cuentas anuales resumidas y el informe de gestión intermedio individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado, así como las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido.

Las condiciones reglamentarias de responsabilidad del contenido y publicación del informe financiero anual se regulan en el art. 10 del RD 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea. A tenor de dispuesto por este precepto legal: "1. Serán responsables del informe financiero anual la entidad emisora y sus administradores en cuanto sujetos obligados a formular y firmar las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado, y la declaración de responsabilidad sobre su contenido.

2. Estarán legitimadas para ejercitar la acción a que se refiere el artículo 35 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores los titulares de valores de la entidad emisora a la que se refiera el informe financiero anual, que hubieren sufrido perjuicios económicos como consecuencia directa de que su contenido no proporcionaba la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del emisor y/o, en su caso, de su grupo consolidado".

Ocupándose el art. 17 del mencionado RD de las condiciones reglamentarias de responsabilidad por el contenido y la publicación del informe semestral en términos semejantes al art. 10, al señalar: "1. El emisor y los administradores serán responsables del informe financiero semestral.

2. Estarán legitimados para ejercitar la acción civil de responsabilidad los titulares de valores de la entidad emisora a la que se refiera el informe financiero semestral, que hubieren sufrido perjuicios económicos como consecuencia directa de que su contenido no proporcionaba la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del emisor y/o, en su caso, de su grupo consolidado".

7. La Audiencia Provincial asume que la información suministrada por Bankia en la fecha en la que los recurrentes adquirieron las acciones, el 23 de mayo de 2012, dos días antes de la reformulación de las cuentas anuales, "[e]ra una información falseada [...]"; y también, sin mayor concreción, que los recurrentes han sufrido "[d]años y perjuicios [...]" o "[d]años y pérdidas [...]".

Y, ciertamente, la reformulación de las cuentas del ejercicio 2011 por el nuevo equipo directivo de Bankia el 25 de mayo de 2012 dejó claramente al descubierto las graves inexactitudes de las cuentas formuladas originalmente el 28 de marzo de 2012 por el equipo anterior y el hecho de no reflejar su contenido la imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de sus resultados.

Siendo cierto, igualmente, como ya hemos señalado con anterioridad, que la reducción del valor nominal de las acciones de Bankia, su agrupación y su posterior canje en las condiciones determinadas por la resolución de la Comisión Rectora del FROB, de 16 de abril de 2013, y con efectos a 22 de abril de 2013, en ejecución del plan de reestructuración del grupo BFA-Bankia, ha supuesto para los recurrentes, si se compara el precio de compra de las acciones adquiridas por ellos el 23 de mayo de 2012 (acciones antiguas) con el valor de cotización, el 22 de abril de 2013, de las recibidas tras el canje (acciones nuevas), un perjuicio económico cuantificable en la suma reclamada de 9191,80 euros.

Por lo tanto, de los exigidos por el art. 35 ter LMV para apreciar la responsabilidad que regula, concurren los requisitos tanto de la información que no proporciona una imagen fiel del emisor como del daño del titular de los valores.

8. Lo que la Audiencia Provincial descarta es la concurrencia del nexo causal entre dicha información y tal daño. Al contrario que los recurrentes, considera que no cabe establecer la relación de causalidad entre "[s]us daños y pérdidas [...]" y dicha "[i]nformación falseada [...]", porque cuando estos adquirieron las acciones "[y]a se conocían los problemas de solvencia, financieros y económicos de la entidad de forma pública y notoria. De hecho sólo dos días después se llevó a cabo la reformulación de cuentas, pero las dudas sobre la situación económica y financiera de la entidad ya eran conocidas públicamente [...]".

La justificación anterior, que constituye la razón de la decisión desestimatoria de la acción de responsabilidad del art. 35 ter LMV, no es correcta, por las siguientes razones:





(i) El conocimiento de los "problemas" o las "dudas" sobre la solvencia o la situación económica o financiera de Bankia que menciona la Audiencia Provincial, con única referencia concreta a la solicitud que formuló el 21 de noviembre de 2011 para que interviniera el Banco de España y que provocó la actuación del FROB el 9 de mayo de 2012, no implica ni supone que se conociera que la información regulada suministrada por Bankia fuera, como afirma la Audiencia Provincial, una "información falseada", algo de lo que no se tuvo noticia cierta hasta que el 25 de mayo de 2012, dos días después de que los recurrentes adquirieran las acciones, se reformularon las cuentas del ejercicio de 2011, siendo entonces cuando quedaron al descubierto y se pusieron de manifiesto, como antes hemos señalado, las graves inexactitudes de las cuentas formuladas originalmente el 28 de marzo de 2012 y el hecho de no reflejar su contenido la imagen fiel del patrimonio de Bankia, de su situación financiera y de sus resultados, que, precisamente, es el presupuesto del que trae causa la responsabilidad de los emisores que se regula en el art. 35 ter LMV.

(ii) El conocimiento de los "problemas" o de las "dudas" a los que alude la Audiencia Provincial no pudieron determinar el daño que, por la pérdida de valor de la acción, se pretende resarcir en el proceso, puesto que dicho conocimiento ya tenía traducción en el precio de las acciones al momento de su adquisición por los recurrentes.

Lo anterior es algo que reconoce la propia Audiencia Provincial, aunque no extraiga del dato sus debidas consecuencias, cuando señala, tras referirse a la intervención del FROB el 9 de mayo de 2012, que precisamente este hecho "[p]rodujo una severa caída del valor de cotización de las acciones de Bankia". De lo que se sigue que dicha circunstancia, cuando los recurrentes las adquirieron, el 23 de mayo, ya estaba reflejada en su precio de adquisición. Por lo que no puede justificar ni la ruptura ni la exclusión del nexo de causalidad en relación con la pérdida de valor que se produjo posteriormente.

(iii) Pero es que, además, la existencia de la relación de causalidad se infiere de la propia argumentación de la Audiencia Provincial, la cual, tras referirse a la intervención del FROB el 9 de mayo de 2012 como causa productora de la "[s]evera caída del valor de cotización de las acciones de Bankia", afirma, inmediatamente a continuación, que las acciones "[f]inalmente se desplomaron el 25 de mayo por la reformulación de las cuentas". De lo que se seguiría, a su vez, que la pérdida de valor de la acción determinante del daño en el que se basa la reclamación debutó no antes de la reformulación de las cuentas, sino con estas, puesto que fue entonces cuando se tuvo noticia cierta, repetimos, de las graves inexactitudes de las cuentas formuladas originalmente el 28 de marzo de 2012 y del hecho de no reflejar su contenido la imagen fiel del patrimonio de Bankia, de su situación financiera y de sus resultados.

(iii) Y, por último, si el contenido de la información regulada suministrada por Bankia hubiera reflejado su imagen fiel, se habría puesto de manifiesto su verdadera situación patrimonial y financiera y sus resultados reales, y, entonces, el precio de sus acciones no hubiera sido el que pagaron por ellas los recurrentes, sino otro muy inferior, so pena de no generar el más mínimo interés en los inversores. Contrafáctico el anterior que constituye algo más que una mera hipótesis o especulación, visto su precio de cotización el 22 de abril de 2013 (que es él que los recurrentes utilizan, como valor de contraste, para cuantificar su perjuicio económico) a consecuencia de la reducción de su valor nominal, agrupación y posterior canje en las condiciones determinadas por la resolución de la Comisión Rectora del FROB, de 16 de abril de 2013, en ejecución del plan de reestructuración del grupo BFA-Bankia, dada su valoración negativa y sus necesidades de capital y apoyo financiero público para garantizar su viabilidad.

En consecuencia, el motivo segundo se acoge, por lo que procede estimar el recurso, casar la sentencia y asumir la instancia.

### **TERCERO.** *Asunción de la instancia*

Asumiendo la instancia, y dado que consideramos concurrentes, por las razones expuestas, los requisitos de la acción de responsabilidad del art. 35 ter LMV, estimamos el recurso de apelación, para, a su vez, estimar la demanda en su integridad.

La moderación de la indemnización solicitada subsidiariamente por Bankia en su escrito de contestación no procede.

No cabe reprochar a los demandantes haber mantenido la tenencia de las acciones y reclamado años después de la reformulación de las cuentas de Bankia. No tenían la obligación de venderlas. No se les puede hacer corresponsables del daño que han sufrido por el incumplimiento por parte de Bankia de sus obligaciones de información periódica como emisora. Y tampoco han reclamado con desmesura o desproporción. El criterio que han utilizado para cuantificar el daño resulta razonable y, además, no guarda relación con la fecha en la que decidieron presentar su demanda.



Es claro, por otra parte, que la diferencia entre el precio de cotización de las acciones el 23 de mayo de 2012 (momento en que fueron adquiridas por los demandantes) y el 22 de abril de 2013 (momento en el que se hizo efectivo lo acordado por la Comisión Rectora del FROB en la resolución de 16 de abril de 2013) no fue fruto de su intrínseca aleatoriedad, sino resultado de la reducción de su valor nominal, su agrupación y su canje en las condiciones acordadas en la resolución que se acaba de mencionar, y ello con la finalidad de poner en correspondencia el valor de la acción con el valor de la entidad una vez establecida la realidad de su situación económico-financiera.

#### **CUARTO. Costas y depósitos**

1. Al estimarse el recurso de casación, no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC).
2. Al estimarse el recurso de apelación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC).
3. Al estimarse la demanda interpuesta, se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia ( art. 394.1 LEC).
4. Procede disponer la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8.ª, LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

:

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Hilario y D.ª Valentina contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, el 8 de junio de 2017, aclarada por el auto de 14 de junio de 2017, en el rollo núm. 000309/2017, que casamos y dejamos sin efecto.
- 2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Hilario y D.ª Valentina contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Valencia el 16 de noviembre de 2016 (asunto civil 000872/2016), en el siguiente sentido.
- 3.º- Estimar la demanda interpuesta por D. Hilario y D.ª Valentina contra Bankia, S.A. y condenar a la demandada a pagar a los demandantes la cantidad de 9191,80 euros, más los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia.
- 4.º- No hacer expresa condena respecto de las costas de casación y apelación, e imponer a la demandada las costas generadas en primera instancia.
- 5.º- Disponer la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.