



Roj: **STS 2150/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2150**

Id Cendoj: **28079110012022100437**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2022**

Nº de Recurso: **5751/2018**

Nº de Resolución: **463/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 463/2022

Fecha de sentencia: 02/06/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5751/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5751/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 463/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 379/2018, de 29 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 534/2016



del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Santa Cruz de Tenerife, sobre nulidad de adquisición de acciones y responsabilidad de daños y perjuicios.

Es parte recurrente DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., representado por la procuradora D.ª Begoña Pintado González y bajo la dirección letrada de D. Ezequiel Miranda Giménez-Rico y D. Fernando de la Mata Viader.

Es parte recurrida BANKIA, S.A., representada por el procurador D. Joaquín María Jáñez Ramos y bajo la dirección letrada de D. Adrián Yuste Bonillo y D. Jorge Capell Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Begoña Pintado González, en nombre y representación de DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANKIA, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"1º Declare la nulidad del contrato de suscripción-adquisición de las acciones de BANKIA efectuado por DISA con fecha 19 de julio de 2011, por error-vicio en la prestación del consentimiento.

"2º Como consecuencia de dicha declaración de nulidad, se declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones del contrato, con los siguientes pronunciamientos adicionales:

"a) Se condene a BANKIA a devolver a DISA el importe de 937.500 € (precio satisfecho por DISA por la compra de las 2.500 acciones que conserva) más los intereses legales de dicha cantidad desde el día 19 de julio de 2011 hasta la fecha de la Sentencia de Primera Instancia, debiendo DISA devolver a BANKIA las citadas 2.500 acciones, y

"b) Se condene a BANKIA a devolver a DISA el importe de 19.062.498,75 € (el precio satisfecho por DISA por la compra de las 5.083.333 acciones que mi mandante vendió en mayo de 2012) más los intereses legales de dicha cantidad desde el día 19 de junio de 2011 hasta la Sentencia de Primera Instancia, debiendo DISA devolver a BANKIA la cantidad de 10.712.078,29 € (precio percibido por mi mandante por la venta de las acciones en mayo de 2012) más el interés legal de dicho importe desde las fechas de cada una de las ventas de acciones de mayo de 2012 hasta la fecha de la sentencia de primera Instancia, pudiendo compensarse ambas cantidades.

"3º Subsidiariamente, condene a BANKIA a pagar a DISA, S.A. una indemnización por los daños causados en los siguientes importes:

"a) 8.350.420,46 € (perjuicio sufrido en relación a las 5.083.333 acciones vendidas por mi mandante), y

"b) La diferencia entre 937.500 € (precio de compra de las 2.500 acciones cuya titularidad mantiene DISA) y el valor de cotización de dichas acciones el día en que se efectúe el pago de la indemnización.

"c) El interés legal del dinero de los importes consignados en los apartados 3º, a) y b) desde la fecha de la presente demanda hasta la Sentencia de Primera Instancia.

"4º.- Subsidiariamente a su vez, y al amparo de los arts. 1.101 y 1.124 del C.C:

"a) Condene a BANKIA a indemnizar a DISA, S.A. por los daños y perjuicios causados, en el importe de 8.350.420,46 € (perjuicio sufrido en relación a las acciones vendidas por mi mandante), más el interés legal del dinero desde la fecha de la presente demanda y hasta la Sentencia de Primera Instancia y,

"b) Declare resuelto el contrato de suscripción de acciones de BANKIA por parte de mi mandante, de 19 de julio de 2011, por lo que respecta a 2.500 acciones titularidad de DISA, acordando la devolución de las diferentes prestaciones contractuales, y, en consecuencia, condene a BANKIA a devolver a mi mandante el precio de compra de las mencionadas acciones de 937.500 €, más los intereses legales desde el día 19 de julio de 2011 y hasta la fecha de la Sentencia de Primera Instancia, debiendo por su parte, mi mandante devolver a BANKIA dichas acciones.

"5º En todo caso, condene a la demandada a satisfacer las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 28 de junio de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Santa Cruz de Tenerife, fue registrada con el n.º 534/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- El procurador D. Joaquín Jáñez Ramos, en representación de Bankia, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia 90/2017, de 28 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por DISA CORPORACION PETROLIFERA S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Begoña Pintado González bajo la dirección letrada de Don Ezequiel Miranda Giménez-Rico contra BANKIAS.A. representado por el Procurador de los Tribunales Don Joaquín Jáñez Ramos y bajo la dirección letrada de Don Jorge Capell Navarro y en consecuencia:

"- Condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 8.350.420,46 €. en concepto de daños y perjuicios la diferencia entre el precio pagado por el paquete de 5.083.333 acciones que se vendió en mayo de 2012, por 19.062.498,75 € y el precio obtenido por la venta que ascendió a 10.712.078,29 €. Y los intereses legales desde sentencia.

"- Sin costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia, S.A. La representación de Disa Corporación Petrolífera, S.A. presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario y de impugnación de la sentencia recurrida. El procurador D. Joaquín Jáñez Ramos, en representación de Bankia, S.A. se opuso a la impugnación de la sentencia.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 854/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 379/2018, de 29 de octubre, cuyo fallo dispone:

"1º.- Estimar el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Joaquín Jáñez Ramos en nombre y representación de Bankia S.A.

"2º.- Desestimar la impugnación a la sentencia formulada por la Procuradora D^a Begoña Pintado González en nombre y representación de DISA Corporación Petrolífera S.A.

"3º.- Revocar la sentencia dictada el 28 de abril de 2017 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Santa Cruz de Tenerife en Autos de Juicio Ordinario nº 534/2016

"4º.- Desestimar en su integridad la demanda formulada por el Procurador Sr. Jáñez Ramos en la representación que ostenta.

"5º.- Absolver a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra.

"6º.- No formular expresa condena en costas en ninguna de las instancias".

Mediante auto de 23 de noviembre de 2018 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife se dispuso:

"Que debían rectificar y rectificaban el apartado 4º del fallo de la Sentencia número 379/2018, de fecha día 29 de octubre de los corrientes, dictada en el Rollo de Apelación 854/2017, dimanante de los autos de Juicio Ordinario 534/16 del Juzgado número 10 de Santa Cruz de Tenerife, quedando el mismo como sigue:

"Desestimar en su integridad la demanda formulada por la Procuradora D^a Begoña Pintado González en la representación que ostenta".

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

1.- La procuradora D.^a Begoña Pintado González, en representación de Disa Corporación Petrolífera, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMER MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL: previsto en el art. 469.1.4º LEC, esto es, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada, fundada en Derecho y de proscripción de la arbitrariedad, que resulta conculcado por el error patente en la valoración de la prueba a la hora de determinar el hecho con el que y el momento en el que DISA tuvo conocimiento del error que vició su consentimiento, para terminar concluyendo que, en consecuencia, la acción de nulidad estaba caducada a la fecha de presentación de la demanda. La infracción o vulneración no pudo denunciarse con anterioridad, por haberse producido en la misma sentencia ahora recurrida.



"SEGUNDO MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL: previsto en el art. 469.1.4º LEC, esto es, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada, fundada en Derecho y de proscripción de la arbitrariedad, que resulta conculcado por el error patente en la valoración de la prueba a la hora de determinar el hecho con el que y el momento en el que DISA tuvo conocimiento del error que vició su consentimiento, para terminar concluyendo que, en consecuencia, la acción de daños del art. 28 de la LMV (actualmente, art. 38 de la LMV) estaba caducada a la fecha de presentación de la demanda. La infracción o vulneración no pudo denunciarse con anterioridad, por haberse producido en la misma sentencia ahora recurrida

" TERCER MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL: previsto en el art. 469.1.4º de la LEC, esto es, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada, fundada en Derecho, habida cuenta que la Sentencia recurrida, vulnerando el art. 1.7 del CC, no resuelve la acción del entonces vigente art. 28 de la LMV (hoy art. 38 de la LMV) oportunamente deducida por DISA en su demanda. La infracción o vulneración no pudo denunciarse con anterioridad, por haberse producido en la misma sentencia ahora recurrida.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1301 del CC y doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta en cuanto a la determinación del "*dies a quo*" a partir del cual debe computarse el plazo de caducidad de la acción de nulidad

"SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1301 del CC, en relación con los arts. 1969, 1973 y 1974 del CC, y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a que, con independencia de cuál sea el "*dies a quo*" a partir del cual debe computarse el plazo de caducidad de la acción de nulidad, dicho plazo habría estado interrumpido o suspendido por lo que la acción de nulidad no habría caducado

"TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1301 del CC y doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, en relación con el principio general del derecho "*pro actione*", en cuanto a que tanto la prescripción como la caducidad son instituciones que deben ser interpretadas de manera estricta y deben ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva

"CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 28 de la LMV en relación con el art. 1969 de la LEC y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a la determinación del "*dies a quo*" a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción de la acción del entonces vigente art. 28 de la LMV (hoy art. 38)

"QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 28 de la LMV en relación con los arts. 1969, 1973 y 1974 del CC, y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a que, con independencia de cuál sea el "*dies a quo*" a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción de la acción de daños del entonces vigente art. 28 de la LMV (hoy art. 38), dicho plazo habría estado interrumpido por lo que la acción no habría prescrito

"SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 28 de la LMV, en relación con el principio general del derecho "*pro actione*" y doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, en cuanto a que la prescripción es una institución que debe ser interpretada de manera estricta y debe ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva

"SÉPTIMO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción de los arts. 1101 y 1107 del CC, 38 de la LMV y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a que la Sentencia considera (i) que no cabe invocar el art. 1101 del CC por ser una acción genérica, concretada con carácter especial en el art. 28 de la LMV (hoy art. 38 de la LMV), (ii) que el engaño alegado subsumible en el dolo, cuando se produce en fase precontractual lo que genera es un vicio en el consentimiento anulador del contrato, y (iii) que no hay relación de causalidad en el daño reclamado

"OCTAVO MOTIVO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 1124 del CC y doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, en cuanto a que la Sentencia considera que el incumplimiento de BANKIA se produce en la fase precontractual lo que determina un vicio en el consentimiento que puede amparar la nulidad del contrato o el resarcimiento de daños pero no puede tener eficacia resolutoria del contrato".

2.- 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 17 de marzo



de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Bankia, S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de mayo de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- En el año 2011, Bankia S.A. realizó una oferta pública de suscripción de acciones (OPS) para su salida a Bolsa.

2.- La oferta se dividió en dos tramos: un tramo para inversores minoristas y empleados y administradores (60% de las acciones ofertadas) y un segundo tramo para inversores cualificados (el 40% restante), o "tramo institucional".

3.- La cronología de la oferta para el tramo institucional partía, al igual que en el tramo minorista, del registro del folleto por la CNMV (29 de junio de 2011).

A partir de entonces y hasta el 18 de julio de 2011, tenía lugar el llamado "periodo de prospección de la demanda", en el que los potenciales inversores cualificados podían formular propuestas de suscripción.

La entidad colocadora (Bankia Bolsa) desarrollaría en ese periodo "actividades de difusión y promoción de la Oferta con el fin de obtener de los potenciales destinatarios una indicación sobre el número de acciones y el precio al que estarían dispuestos a suscribir las acciones".

En el día final de ese periodo, se fijaba el precio para este tramo y se seleccionaban las propuestas de suscripción que, una vez confirmadas, devenían irrevocables y daban lugar a la adjudicación de las correspondientes acciones a los inversores (19 de julio de 2011) y a la admisión a negociación oficial al día siguiente.

4.- El precio de las acciones quedó fijado en 3,75 €, tanto para el tramo minorista como para el institucional.

5.- El 19 de julio de 2011, Disa Corporación Petrolífera, S.A. (en lo sucesivo Disa) suscribió una orden de compra de 5.333.333 acciones de Bankia por importe de casi 20 millones de euros (exactamente 19.999.998,75 €).

Entre los días 2 y 28 de mayo de 2012, Disa vendió 5.085.333 de esas acciones, por un importe de 10.712.078,29 euros.

6.- El 28 de junio de 2016, Disa interpuso una demanda contra Bankia, en la que ejerció las siguientes acciones: (i) con carácter principal, acción de anulabilidad por error-vicio en el consentimiento de contrato de suscripción-adquisición de acciones, solicitando la condena a la entidad demandada a abonarle el importe del precio satisfecho por las acciones que mantenía, a cuya devolución se comprometía, más sus intereses; y el importe del precio entregado al momento del contrato por el resto de las acciones, más sus intereses, comprometiéndose a la devolución del precio recibido en su posterior venta y el interés desde las ventas; (ii) con carácter subsidiario, ejercía la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al inversor prevista en el art. 38 de la Ley de Mercado de Valores (LMV) y en los arts. 32 a 36 del Real Decreto 1310/2005 de 28 de julio, solicitando la condena de Bankia al pago de la cantidad de 8.350.420,46 euros, como perjuicio sufrido en la venta de las acciones, y la diferencia entre el precio abonado en su día por las 2.500 acciones que mantenía y el valor de cotización de las referidas acciones al momento en que se efectuara el pago de la indemnización, más, en ambos casos, los intereses de las citadas cantidades desde la demanda; (iii) subsidiariamente a las anteriores, ejercía las acciones previstas en los arts. 1.101 CC, a fin de ser indemnizado por el menor importe recibido en la venta de las acciones (8.350.420,46 €), más los intereses desde la demanda, y 1.124 CC, a fin de que se declarase resuelto el contrato suscrito el 19 de julio de 2011, por lo que respecta a las 2.500 acciones que mantenía, y se condenase a la demandada a abonarle el precio entregado más los intereses desde el contrato, comprometiéndose a la devolución de las acciones.

7.- La sentencia de primera instancia, tras declarar la caducidad de la acción de nulidad, y sin pronunciarse sobre la acción de indemnización regulada por la Ley del Mercado de Valores, desestimó la acción resolutoria del art. 1124 CC al no apreciar la existencia de un incumplimiento relevante, y estimó la acción indemnizatoria regulada en el art. 1.101 CC, al apreciar el incumplimiento por la entidad bancaria de su deber de información, y condenó a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 8.350.420,46 euros en concepto de daños y



perjuicios, diferencia entre el precio pagado por el paquete de 5.083.333 acciones (19.062.498,75 €) que se vendió en mayo de 2012 por 10.712.078,29 euros; y los intereses legales desde sentencia.

8.- Bankia interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que también fue impugnada por la demandante. La Audiencia Provincial desestimó la impugnación y estimó la apelación. La sentencia examina la inexistencia de un pronunciamiento sobre la acción subsidiariamente ejercida y su prescripción, conforme al art. 28 LMV. Advierte que, tal como mantienen ambas partes en sus recursos, la acción prevista en el citado precepto de la LMV se ejercitó de forma distinta y diferenciada a la acción del art. 1.101 CC, y que si bien las litigantes reconocen que la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre la misma, ninguna de ellas solicitó el complemento de la sentencia, ni alegaron en los recursos la incongruencia de la resolución, pretendiendo, sin embargo, un pronunciamiento respecto de dicha acción en sede de apelación.

A continuación, la Audiencia examina la acción prevista en el art. 1101 CC; razona que no se trata de que el emisor en la elaboración del folleto haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento del contrato, sino de que el emisor del folleto no ha cumplido con los deberes legales que regulan la redacción del folleto; que el hecho de que el actor no haya mantenido la acción que la ley le reconoce (la del art. 28 LMV), al margen de la prescripción que alega la demandada, no le faculta a que, por la vía del precepto genérico del art. 1101 CC, mantenga su pretensión; que la actora no especifica el tipo de incumplimiento (dolo, culpa, morosidad u otro); que lo que alegado es el engaño subsumible en el dolo y, consecuentemente, generador, cuando se produce en la fase precontractual, de un vicio del consentimiento anulatorio del contrato; que la actora tampoco acredita que el daño que reclama (diferencia entre el precio abonado en la OPS y el recibido en las ventas realizadas en mayo de 2012) quepa imputarlo de forma directa tan sólo a la falta de veracidad del folleto, habida cuenta de que el objeto contractual eran acciones y su valor está sometido a otros factores del mercado (alude a las pruebas sobre las comparativas de las caídas en bolsa que sufrieron en los periodos de 2011-2102 las acciones de las distintas entidades bancarias).

En cuanto a la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, la Audiencia alude a la condición de inversor profesional o institucional del demandante, indicando que, aun cuando no siempre es necesario el folleto informativo en las ofertas de valores a inversores cualificados, clientes profesionales o institucionales, en el presente caso la OPS sí iba condicionada a la publicación del folleto, por lo que el mismo era el mecanismo para dar a conocer la oferta y a su emisor, sirviendo para formar el conocimiento y consentimiento del inversor con independencia de su cualificación; y que el controvertido folleto superó, al menos formalmente, todos los controles institucionales obteniendo el visto bueno tanto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como del Banco de España, así como el apoyo del Gobierno de la Nación, por lo que las inexactitudes de su contenido sí deben considerarse que incidieron de forma relevante en el error de la actora y no cabe apreciar que no fuera excusable. Pero, a continuación, al examinar la caducidad de la acción, confirma el criterio del juzgado de primera instancia, pues al situar el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción en abril/mayo de 2012, plazo que no considera susceptible de interrupción ni de suspensión, concluye que en la fecha de la interposición de la demanda (junio de 2016) la acción estaba ya caducada.

Por último, el tribunal de apelación rechaza también la acción resolutoria instada al amparo del art. 1.124 CC, porque el incumplimiento por parte del emisor es un incumplimiento precontractual y, en su caso, determina un vicio en el consentimiento que puede amparar la nulidad del contrato o el resarcimiento del daño por los cauces legalmente previstos, pero no es un incumplimiento de la obligación contractual con eficacia resolutoria.

9.- Disa ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres motivos, y otro recurso de casación, basado en ocho motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación y admisibilidad de los motivos primero y segundo.*

1.- *Planteamiento.* En el motivo primero, articulado al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, se alega la infracción del art. 24 CE y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y de proscripción de la arbitrariedad.

A juicio de la recurrente, este derecho resulta conculcado por la sentencia recurrida por la existencia de un error patente en la valoración de la prueba en cuanto a la determinación del momento en el que la demandante tuvo conocimiento del error que vició su consentimiento, error que llevó a la Audiencia a declarar caducada la acción de nulidad en la fecha de presentación de la demanda.

2.- En el segundo motivo, formulado al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, se denuncia también la infracción del art. 24 CE y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y de proscripción de la arbitrariedad, por las mismas razones que el anterior motivo, pero en relación con la acción de daños del art. 28 de la LMV (actual art. 38 LMV). En el desarrollo del motivo,



la recurrente se remite a lo argumentado en el mismo sentido en el motivo anterior, "toda vez que la sentencia de primera instancia (...) tácitamente, declara también prescrita la acción del art. 28 de la LMV (...)".

3.- Admisibilidad. Los óbices procesales aducidos por la recurrida para oponerse a la admisión de los motivos no pueden ser atendidos. Aunque la falta de motivación de las sentencias y la errónea o arbitraria valoración de las pruebas constituyen cuestiones diversas, la formulación de los motivos no incurre en una falta de claridad que haya impedido a la recurrida identificar correctamente la cuestión jurídica suscitada y ejercer su derecho de defensa con pleno respecto al principio de contradicción.

TERCERO.- Decisión de la sala. Inexistencia de un error patente en la valoración de la prueba. Desestimación de los motivos primero y segundo.

1.- Como hemos declarado reiteradamente, el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Estos requisitos no concurren en este caso. La recurrente pretende plantear en el recurso extraordinario por infracción procesal una cuestión jurídico-sustantiva, como es la relativa a cuándo se inicia el plazo de caducidad de la acción, cuestionando valoraciones jurídicas, que no fácticas, realizadas por la sentencia de la Audiencia Provincial. De hecho, plantea la cuestión en el primer motivo del recurso de casación.

3.- Por tanto, los motivos primero y segundo del recurso deben ser desestimados, pues en ambos casos se basan en un mismo fundamento que, como se ha razonado, carece de sustento legal.

CUARTO.- Formulación y admisibilidad del motivo tercero.

1.- Planteamiento. En el motivo tercero, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, se alega la infracción del art. 24 CE, denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada, fundada en Derecho, pues, a juicio de la recurrente, la sentencia recurrida ha infringido el art. 1.7 del CC por no resolver la acción del art. 28 de la LMV (hoy art. 38), que había sido oportunamente deducida por la actora en su demanda. Alega que a la demandante no le era exigible acudir al instrumento procesal del art. 215.2 de la LEC, pues, al amparo del art. 209, regla 4.ª de la LEC, Disa consideró que la acción había sido desestimada tácitamente por prescripción en la sentencia de primera instancia, y que dicha desestimación podía "deducirse de los fundamentos jurídicos". Considera que tampoco le era exigible acudir a dicho instrumento con respecto a la sentencia de la Audiencia Provincial, porque ésta sí se pronuncia sobre la pretensión, y decide no resolverla.

2.- Admisibilidad. Las razones aducidas por Bankia contra la admisión del motivo no pueden ser acogidas favorablemente. El fundamento esencial del recurso en este punto radica en la denuncia de omisión de pronunciamiento de la sentencia impugnada, con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y no tanto en su falta de motivación.

QUINTO.- Decisión de la sala. Inexistencia de incongruencia omisiva. Desestimación.

1.- El motivo debe ser desestimado. Ambas partes coinciden en que la acción prevista en el art. 28 LMV (actual art. 38) se ejercitó de forma diferenciada y que sobre la misma no existe pronunciamiento alguno en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, como acertadamente apreció la Audiencia, la demandante no solicitó el complemento de la sentencia ni alegó en el recurso de apelación la incongruencia omisiva, a pesar de lo cual pretendió un pronunciamiento sobre esa acción en la alzada. Pronunciamiento que la Audiencia denegó con base en que "el recurso de apelación y la impugnación sólo pueden formularse frente a los pronunciamientos de la resolución recurrida, (...) la inexistencia de pronunciamiento impide el recurso frente a lo omitido (...) sin que quepa apreciar la existencia de la incongruencia omisiva, como defecto de la sentencia, habida cuenta de que ninguna de las partes, tal como ya ha quedado expresado, ni lo alega como tal defecto, ni ha hecho uso de los mecanismos legales para la subsanación del mismo".



2.- Frente a ello no cabe acoger las alegaciones de la recurrente. En primer lugar, porque su razonamiento es incoherente: si afirma que la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre la acción ex art. 28 LMV, no puede a continuación sostener que fue desestimada tácitamente. En segundo lugar, la pretensión de obviar la carga de la denuncia tempestiva de la omisión de pronunciamiento y de la petición de complemento porque la recurrente consideró que su pretensión basada en el art. 28 LMV había sido desestimada tácitamente por prescripción, por haberlo sido la acción de anulabilidad por caducidad, carece de fundamento, pues, al margen de sus puntos de coincidencia, ambas acciones son distintas y están basadas en normas diferentes, como asimismo son distintos los regímenes jurídicos de la caducidad y la prescripción.

Recurso de casación

SEXTO.- Admisibilidad de los motivos. En su oposición al recurso la demandada y recurrida ha alegado diversas causas de inadmisión. Este óbice no puede ser acogido. El recurso identifica, en los diferentes motivos, los preceptos que considera infringido, así como la jurisprudencia que entiende vulnerada, y define con precisión la cuestión jurídico-sustantiva sometida a casación lo que, sin perjuicio de la decisión sobre el fondo, es suficiente para superar el trámite de admisión.

SÉPTIMO.- Formulación del motivo primero.

1.- El motivo primero denuncia la infracción del art. 1301 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta en cuanto a la determinación del *dies a quo* a partir del cual debe computarse el plazo de caducidad de la acción de nulidad.

2.- En su desarrollo, la recurrente alega que la jurisprudencia que ha interpretado el art. 1301 del CC, en cuanto al momento en el que se inicia el cómputo del *dies a quo* del plazo de caducidad, se refiere a un conocimiento "cabal y completo" de la causa que justifica el ejercicio de la acción. No sería suficiente con una mera posibilidad o sospecha. En el momento en que Disa tomó la decisión de adquirir las acciones en la OPS (julio de 2011) partía de que Bankia era una sociedad sólida, saneada, solvente, que generaba beneficios y que tenía capacidad de seguir generándolos en el futuro, tal y como publicitaba el folleto. El único hecho que hizo que la demandante tuviese cabal y completo conocimiento de su error fue la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo núms. 23 y 24 de 3 de febrero de 2016, que declararon probada la existencia de graves inexactitudes en el folleto de la OPS de Bankia, respecto de su situación económica, financiera y de solvencia, con lo que la acción de anulabilidad por error en el consentimiento no estaba caducada cuando se presentó la demanda en junio de 2016.

OCTAVO.- Decisión de la sala. Caducidad de la acción de anulabilidad por error vicio por inexactitudes del folleto. Desestimación.

1.- En un caso de salida a cotización oficial, el valor de la acción tiene que ver con el valor de la compañía que la emite. Por ello, como declaramos en la sentencia 602/2020, de 12 de noviembre, si el *dies a quo* debe ser aquel en que el comprador pudo apercibirse de su error, en este caso es claramente el 25 de mayo de 2012, fecha en que se reformularon las cuentas de Bankia, se suspendió su cotización en Bolsa y la entidad solicitó una inyección de capital de 19.000 millones de euros.

Momento que, como declaramos en la sentencia 226/2022, de 24 de marzo, "podemos identificar como el de inicio del cómputo del plazo de caducidad, a efectos del art. 1301.IV CC, que es cuando se produjo en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permitió la comprensión real de la solvencia y situación patrimonial de la emisora y del valor de las acciones que se habían adquirido mediante un consentimiento viciado".

2.- Este es el criterio que ha aplicado la Audiencia en la sentencia impugnada. Podría discutirse si este criterio jurisprudencial para determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de una acción de anulación por error vicio del consentimiento, fijado inicialmente en relación con supuestos de demandas planteadas por inversores minoristas, podría ser modificado en el sentido de adelantarlo a un momento temporal anterior en el caso de los inversores cualificados, en función de las circunstancias del caso, en atención a su mayor conocimiento y capacidad de análisis de la información financiera y económica ya existente antes de la reformulación de las cuentas (así lo hizo el juzgado de primera instancia, que fijó el inicio del cómputo del plazo del art. 1301 CC en abril de 2012).

Pero lo que no cabe es que ese momento (el de la reformulación de las cuentas) se retrase a otro posterior (según la recurrente, a la fecha de las sentencias de esta sala 23 y 24/2016, de 3 de febrero), pues si, conforme a la jurisprudencia reseñada, el momento en que el inversor minoritario pudo tener conocimiento del error es ese de la reformulación de las cuentas *a maiore ad minus* ese mismo (no otro posterior) debe ser el momento que determine el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción en el caso de los inversores cualificados.



3.- En consecuencia, debe desestimarse el primer motivo del recurso.

NOVENO.- *Formulación de los motivos segundo y tercero.*

1.- En el motivo segundo se alega la infracción del art. 1301 del CC, en relación con los arts. 1969, 1973 y 1974 del CC, y de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a que, con independencia de cuál sea el *dies a quo* a partir del cual debe computarse el plazo de caducidad de la acción de nulidad, dicho plazo habría estado interrumpido o suspendido por lo que la acción de nulidad no habría caducado.

2.- Al desarrollar el motivo, la recurrente argumenta que, conforme a la jurisprudencia que cita, las actuaciones penales interrumpen el plazo prescripción y suspenden el plazo de caducidad de la acción civil, de forma que, mientras las mismas estén abiertas, esos plazos no transcurren. Sostiene que en este caso se produjo la interrupción o suspensión del plazo de caducidad de la acción de nulidad por aplicación analógica de las normas de la prescripción (arts. 1973 y 1974 CC) como consecuencia de las acciones penales entabladas ante la Audiencia Nacional contra los directivos de Bankia por unos hechos que, en esencia, considera que son los mismos hechos discutidos en este procedimiento.

3.- El motivo tercero se funda en la infracción del art. 1301 del CC y de la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, en relación con el principio general del derecho *pro actione*.

4.- Al desarrollar la fundamentación del motivo se aduce que tanto la prescripción como la caducidad son instituciones que deben ser interpretadas de manera estricta y deben ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva, y que la interpretación que ha hecho la sentencia de apelación no ha respetado esta doctrina porque para determinar el *dies a quo* se ha decantado por fijarlo en el momento en que la actora "haya podido tener conocimiento", en lugar de en aquel en que "tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento" del error que vició su consentimiento, más respetuosa con el principio *pro actione*.

5.- Dada la conexión existente en el planteamiento de ambos motivos, los resolveremos conjuntamente.

DÉCIMO.- *Decisión de la sala. El plazo del art. 1301 del Código civil es de caducidad y, como regla general, no es susceptible de suspensión ni de interrupción. Posible suspensión del plazo en casos de prejudicialidad penal.*

1.- *Dies a quo del cómputo del plazo de caducidad de la acción.*

Como declaramos en la sentencia 919/2021, de 23 de diciembre, el plazo de ejercicio de la acción de anulación de cuatro años del art.1.301 CC es un plazo de caducidad, "pues el texto del precepto permite entenderlo así porque literalmente dice que "la acción de nulidad solo durará cuatro años". Por tanto, es un supuesto de fijación inicial del término en que se podrá ejercitar la acción. No hay presunción legal de abandono por no ejercicio, sino límite temporal para su posible uso. Además, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la necesidad creciente de seguridad y certeza en el tráfico jurídico y económico, hay un interés general y no sólo particular en obtener una clara definición de los negocios y relaciones jurídicas".

2.- De esta jurisprudencia resulta con claridad que caducidad y prescripción son instituciones jurídicas distintas, con fundamentos y regímenes jurídicos diversos, entre cuyas diferencias se encuentra, en lo que aquí interesa, que la prescripción es susceptible de interrupción por acto del que por ella puede resultar perjudicado; mientras que la caducidad no admite la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso la origina, de forma que la caducidad "se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y ópera por el mero transcurso del tiempo". Ello sin perjuicio de los concretos casos excepcionales en que la ley expresamente prevé la suspensión del plazo de caducidad (v.gr. art. 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, disposición adicional 4.ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se decretó el estado de alarma, y su prórroga aprobada por RD 537/2020, de 22 de mayo - art. 10 -).

Dado que este elemento constituye uno de los puntos esenciales que diferencian una y otra institución, no puede acogerse favorablemente la tesis de la recurrente que parte precisamente de anular dicha diferencia, al fungir o confundir el régimen jurídico de la caducidad y la prescripción en cuanto a la posibilidad de interrumpir o suspender el transcurso del plazo, por la vía de aplicar analógicamente a la caducidad una posibilidad que, conforme a la jurisprudencia reseñada, es propia de la prescripción. Recurso a la analogía que carece de fundamento pues ni hay laguna legal que colmar, ni identidad de razón jurídica, sino regímenes jurídicos diferentes (art. 4.1 CC).

Cuestión distinta es la posible aplicación analógica de alguna norma prevista legalmente para la prescripción que trate de cubrir alguna laguna efectiva en la regulación legal de la caducidad, como es el caso de la regla del inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción (art. 1969 CC), supuesto aceptado por la jurisprudencia de esta sala (sentencia 542/2003, de 30 de mayo), como consecuencia de la necesidad de suplir las imprevisiones legales derivadas de la falta de una regulación general sobre la caducidad en el Código civil (sentencia 919/2021, de 23 de diciembre).



3.- Incidencia de la pendencia de causa criminal por delito perseguible de oficio.

3.1. El motivo plantea una segunda cuestión que debemos dilucidar: si la regla que excluye la interrupción o suspensión del plazo de la caducidad de la acción de anulabilidad del art. 1301 CC admite como excepción las situaciones de prejudicialidad penal. La recurrente invoca en defensa de su tesis impugnativa una jurisprudencia, que califica de "unánime", conforme a la cual las acciones penales interrumpen el plazo de prescripción y suspenden el plazo de caducidad de la acción civil, de forma que, durante su sustanciación, dicho plazo no transcurre. Y cita en concreto las sentencias de esta sala 422/2010, de 5 de julio, y 769/2014, de 12 de enero de 2015.

3.2. La referencia a esta última sentencia no guarda relación directa con el asunto relativo a la interrupción del plazo de la prescripción o la suspensión del plazo de caducidad por consecuencia de la interposición de acciones penales, sino con el inicio del cómputo del plazo de caducidad del art. 1301 CC en el caso de las relaciones negociales complejas, como con frecuencia son las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión.

3.3. Por el contrario, sí presenta una relación directa con la cuestión ahora analizada (suspensión el plazo para el ejercicio de la acción por prejudicialidad penal) la sentencia 422/2010, de 5 de julio. Esta resolución aclaró que, aunque a partir de la sentencia de 25 de mayo de 1979, algunos pronunciamientos de la sala se refieren a la posibilidad de interrumpir la caducidad (dando lugar a lo que la sentencia de 18 de octubre de 1988, califica como "caducidad atenuada"), en relación con el efecto interruptivo de la caducidad de determinadas actividades dirigidas a posibilitar el ejercicio judicial de la acción, siempre que se lleven a cabo dentro de plazo, "en realidad se trata, más que de admitir la interrupción del plazo de caducidad, de entender ejercitada la acción en aquellos supuestos en los que el ordenamiento positivo exige que la presentación de la demanda inicial del proceso esté precedida de ciertas actividades administrativas e incluso procesales".

A continuación de la citada aclaración, reitera la doctrina contenida en (i) la sentencia 410/2009, de 2 de junio, en relación con la caducidad de derechos de carácter potestativo: "Las sentencias de esta Sala de 30 septiembre 1992, 20 julio 1993, 10 julio 1999, citadas en igual sentido por la de 29 mayo 2006, afirman que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece que, siendo de carácter potestativo, nacen y se extinguen con el propio plazo de caducidad; al contrario de lo que ocurre con la prescripción que únicamente afecta al ejercicio del derecho y no a su existencia"; y (ii) la núm. 46/2006, de 31 de enero, referida a una acción revocatoria por fraude, que, con cita de las de 25 de septiembre de 1950, 22 de mayo de 1965, 14 de marzo de 1970 y 26 de junio de 1974, declara que el "plazo de caducidad "consecuentemente con su reiteradísima jurisprudencia (...) no es susceptible de interrupción".

Después, la misma sentencia 422/2010, de 5 de julio, enmarca en esta doctrina general la que sobre el cómputo del plazo de caducidad del art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, ha venido fijando esta sala, en el sentido de que "no se interrumpa ni se suspenda por el ejercicio de acción penal por los mismos hechos, dado que su ejercicio mantiene abierta la posibilidad de ejercitar la civil "sin el obstáculo que resulta de las normas contenidas en los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial", ya que, como afirman las sentencias número 756/2004, de 20 de julio, y 769/2004, de 14 julio, los efectos del 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se pueden identificar con los efectos de los delitos que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular".

3.4. Esta jurisprudencia ha sido reiterada recientemente, por ejemplo, en la sentencia 383/2022, de 9 de mayo:

"[...] si la demanda civil fundada en la LO 1/82 se interpone después de vencido el referido plazo de cuatro años, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos.

"[...] Nos hallamos ante un plazo de caducidad, con lo que, a diferencia de la prescripción, no se interrumpe mediante acto de conciliación, ni tampoco a través de un proceso penal que finalizó por medio de un auto de archivo".

La misma sentencia 383/2022, de 9 de mayo, ha completado esta doctrina en función de que el ofendido, que promovió la acción penal, se haya reservado o no la acción civil:

"4º) Por tanto, si dichas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/82 habrá caducado.

[...]



"Dicha doctrina destaca, por un lado, que acudir a la vía penal no excluye la posibilidad de hacerlo a la vía civil, y por otro, que el mero hecho de acudir a la vía penal no afecta al transcurso del plazo de caducidad de cuatro años previsto para el ejercicio de la acción civil correspondiente (sentencia 657/2015, de 27 de noviembre)".

3.5. Distinto es el caso de los delitos perseguibles de oficio. Para estos casos, la sentencia 422/2010, de 5 de julio, declaró que:

"Mientras subsiste el proceso penal, cualesquiera que sean las personas implicadas, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas, ni contra otras distintas, habida cuenta del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional de acuerdo con el principio tradicional según el cual *"le criminel tient le civil en état"*, a tenor de los artículos 111 ("mientras estuviese pendiente la acción penal, no se ejercerá la civil con separación") y 114 ("promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho...") de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que está vedado a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos que condicionan sustancialmente la pertinencia de la reclamación".

3.6. Ahora bien, la citada doctrina debe ser entendida en sus justos términos. Su fundamento lo explica la sentencia 47/2003, de 19 de febrero:

"Tampoco tolera el sistema la pluralidad de procedimientos con un objeto total o parcialmente idéntico y reacciona mediante instituciones como la litispendencia, la cosa juzgada y la prejudicialidad, a fin de evitar innecesarios sobrecostes y una indeseable duplicidad de decisiones, eventualmente contradictorias.

"56. Esta reacción se acentúa en el supuesto de que el enjuiciamiento de determinadas conductas se efectúe en el ámbito de un proceso penal, habida cuenta del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional, de acuerdo con el principio tradicional según el cual *"le criminel tient le civil en état"* [lo penal prevalece sobre lo civil], lógica consecuencia del principio de investigación de oficio en busca por el Estado de la verdad material [...]".

A la vista de ese fundamento se comprende que, como ya declaró la sentencia 27/2009, de 11 de febrero, en aquel caso en relación con la interrupción de la prescripción, que ésta "no tiene lugar automáticamente por la mera existencia de un procedimiento penal, sino que se requiere que verse sobre el hecho presuntamente delictivo y que la calificación sea indispensable para el procedimiento civil. En consecuencia, se exige que se produzca una identidad de procesos sobre el mismo hecho, por lo que no tiene sentido seguir un proceso civil que puede acabar con una sentencia coincidente o contradictoria y es por ello que se interrumpe la prescripción".

Por tanto, la clave radica en decidir si los hechos investigados en el proceso penal y los que han sido objeto de la demanda civil "son sustancialmente los mismos y su calificación, o la declaración de inexistencia en vía penal, habría podido vincular a la jurisdicción civil" (sentencias 47/2003, de 19 de febrero, y 112/2022, de 15 de febrero).

3.7. Pues bien, esta cuestión (el posible carácter decisivo o determinante del pronunciamiento penal en el proceso civil), en relación con el procedimiento penal suscitada ante la Audiencia Nacional en relación con la OPS de Bankia, fue resuelto por la sentencia de esta sala 24/2016, de 3 de febrero, al decidir sobre la petición de suspensión por prejudicialidad penal de un procedimiento civil sobre error del consentimiento en la adquisición de acciones emitidas en la citada OPS. En esa resolución aclaramos que, si bien "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", sin embargo, "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*".

3.8. En relación con los hechos fundamentales en que se basaba la demanda en aquel caso (coincidentes con los que subyacen en esta litis), eran, resumidamente, el 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. Y estos hechos no eran cuestionados por la demandada. Lo que Bankia negaba era que existiera error, inexactitud o falsedad en la información que se incluyó en el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones. La falsedad que era objeto del proceso penal no era una falsedad de naturaleza material sino ideológica, por lo que la sentencia 24/2016, de 3 de febrero, apreció que



"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".

Por ello, la sala concluyó que 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", pues los parámetros de las valoraciones jurídicas de una y otra jurisdicción son diferentes, de forma que en el proceso civil puede concluirse en "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".

Por tanto, no concurre el requisito del carácter decisivo o determinante del pronunciamiento penal sobre la resolución del proceso civil necesario para provocar el efecto de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad del ejercicio de la acción civil.

4.- La conclusión anterior no puede quedar alterada por la jurisprudencia invocada en el motivo tercero sobre el carácter estricto en la interpretación de los requisitos y presupuestos de la prescripción, pues el planteamiento de este motivo obvia el diferente régimen legal de la caducidad y de la prescripción.

5.- En consecuencia, los motivos segundo y tercero del recurso deben ser desestimados.

DECIMOPRIMERO. - *Formulación de los motivos cuarto, quinto y sexto.*

1.- Los motivos cuarto, quinto y sexto del recurso de casación se introducen, respectivamente, con los siguientes encabezamientos:

"CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 28 de la LMV en relación con el art. 1969 de la LEC y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a la determinación del "*dies a quo*" a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción de la acción del entonces vigente art. 28 de la LMV (hoy art. 38).

"QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 28 de la LMV en relación con los arts. 1969, 1973 y 1974 del CC, y doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en cuanto a que, con independencia de cuál sea el "*dies a quo*" a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción de la acción de daños del entonces vigente art. 28 de la LMV (hoy art. 38), dicho plazo habría estado interrumpido por lo que la acción no habría prescrito.

"SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, infracción del art. 28 de la LMV, en relación con el principio general del derecho "*pro actione*" y doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, en cuanto a que la prescripción es una institución que debe ser interpretada de manera estricta y debe ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva".

2.- En su desarrollo se afirma "damos por reproducido, con respecto a los motivos cuarto, quinto y sexto de casación, lo dicho en los motivos primero, segundo y tercero de casación". En todo caso, conviene precisar que estos motivos predicen la infracción no respecto del art. 1301 CC, como sucedía en el caso de los motivos anteriores, sino respecto del art. 28 LMV.

DECIMOSEGUNDO. - *Decisión de la sala. Desestimación.*

Al haber resultado desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, estos motivos del recurso de casación incurren en causa de inadmisión por referirse a una infracción de un precepto legal que dio amparo a una de las acciones ejercitadas en la demanda y cuya omisión de pronunciamiento en la primera instancia no fue oportunamente denunciada.

DECIMOTERCERO. - *Formulación del motivo séptimo.*



1.- El séptimo motivo del recurso denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1107 del Código Civil, 38 de la LMV y de la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, vulneración en que habría incurrido la sentencia impugnada al considerar que no cabe invocar el art. 1101 CC por ser una acción genérica, concretada con carácter especial en el art. 28 de la LMV (hoy art. 38 de la LMV), que el engaño alegado subsumible en el dolo, cuando se produce en fase precontractual, lo que genera es un vicio en el consentimiento anulatorio del contrato, y que no hay relación de causalidad en el daño reclamado.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que (i) la acción del art. 1101 CC es diferente a la del art. 28 LMV (no se trata, por tanto, de la misma acción), de naturaleza genérica la primera y específica la segunda; (ii) el contenido del folleto de la OPS, aun cuando se elabore en la fase precontractual, una vez suscrito el contrato se integra en el mismo, pasando el folleto a formar parte constitutiva y sustancial de las cláusulas contractuales; (iii) por consiguiente, las falsedades o inexactitudes del folleto constituyen también un incumplimiento contractual y no sólo una causa generadora de un vicio en el consentimiento; (iv) el incumplimiento de la obligación de facilitar una información completa y veraz en la oferta contractual integrada en el folleto de la OPS en relación con los datos contables y de solvencia de Bankia y el incumplimiento del deber genérico de actuación conforme a la buena fe contractual, legítima al inversor a interponer, entre otras, y, en todo caso, una acción de reclamación de daños ex art 1101 CC; (v) la actuación de Bankia al proporcionar información falta de veracidad e inexacta sobre sus estados contables y su solvencia, posteriormente incorporada al contrato de adquisición de acciones con la aceptación de la oferta por Disa, constituye un incumplimiento contractual de dicho contrato de adquisición e infringe el deber contractual básico de actuación conforme a la buena fe; (vi) dicho incumplimiento contractual y dicha infracción, por consiguiente, tienen las consecuencias indemnizatorias previstas en el art. 1101 CC; (vii) en este caso, se cumplen todos los requisitos de la acción del art. 1101 del CC y, en concreto la existencia de nexo causal entre daño sufrido por Disa y el incumplimiento contractual de Bankia, derivada de la falta de veracidad de la información contenida en el folleto, puesto que el valor real de las acciones ofertadas en la OPS era nulo (pues Bankia estaba entonces quebrada, aunque el comportamiento de las acciones en bolsa, coyunturalmente, entre julio de 2011 y principios de mayo de 2012, fuera similar al resto del mercado, lo que se debió precisamente a la ocultación de la realidad por parte de Bankia); y (viii) la sentencia de apelación confunde la causa del daño sufrido por Disa, que no debe situarse en el momento de la venta de las acciones sino en el de la adquisición de éstas; la causa del daño sufrido por la demandante fue el incumplimiento de Bankia de su deber de proporcionar al inversor información veraz sobre las acciones que éste adquirió, siendo dicha información determinante para decidir la inversión.

El motivo va a ser estimado por las razones que se exponen a continuación.

DECIMOCUARTO.- *Decisión de la sala. La acción del art. 1101 CC es independiente de la acción de responsabilidad por folleto del art. 28.1 LMV y no se extingue por la prescripción de ésta. Existencia del nexo causal entre el incumplimiento y el daño sufrido por la pérdida de valor de las acciones.*

1.- El art. 1101 CC dispone que

"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

Por su parte, el art. 28 LMV de 1988, en sus apartados 1 y 3, en la redacción aplicable al caso, establecía:

"1. La responsabilidad de la información que figura en el folleto deberá recaer, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado secundario oficial y los administradores de los anteriores, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

"Asimismo, la responsabilidad indicada en el párrafo anterior recaerá en el garante de los valores en relación con la información que ha de elaborar. También será responsable la entidad directora respecto de las labores de comprobación que realice en los términos que reglamentariamente se establezcan.

"Serán también responsables, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, aquellas otras personas que acepten asumir responsabilidad por el folleto, siempre que así conste en dicho documento y aquellas otras no incluidas entre las anteriores que hayan autorizado el contenido del folleto. [...]

"3. De acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante".

Esta norma legal fue desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, cuyo artículo 36 (bajo el epígrafe "Personas legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad") disponía:



"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, las personas responsables por el folleto informativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriores, estarán obligadas a indemnizar a las personas que hayan adquirido de buena fe los valores a los que se refiere el folleto durante su período de vigencia por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con este real decreto, siempre y cuando la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo o se haya difundido al mercado antes de que dichas personas hubiesen adquirido los valores".

2.- La Audiencia Provincial desestimó la acción de la actora fundada en el art. 1101 CC con base, en esencia, en tres consideraciones: (i) el carácter genérico de la acción del art. 1101 CC, que aparece concretada por el art. 28 LMV, como norma especial; (ii) el engaño alegado da lugar a un dolo que, cuando se produce en la fase precontractual, genera un vicio del consentimiento, pero no un incumplimiento contractual; y (iii) falta de relación de causalidad entre la información del folleto y el daño cuya indemnización se reclama.

En cuanto a la primera de estas consideraciones, la Audiencia recuerda la doctrina jurisprudencial de la sentencia de esta sala de 30 de junio de 1961:

"basta atender al texto de dicho artículo 1.101 y a su emplazamiento en el Código, entre las disposiciones generales del capítulo primero del título I del libro IV, anteriores a las que regulan especialmente los contratos, objeto del título segundo, así como a los términos de los artículos 1.102 y 1.103, que expresamente se refieren "a toda clase de obligaciones", para concluir afirmando que es aplicable a todas ellas y no exclusivamente a las de índole contractual, y Tercero. Que así está reconocido de manera explícita por la sentencia de 14 de diciembre de 1894; 2 de marzo de 1904, 21 de noviembre de 1913, 3 de julio de 1924, 12 de diciembre de 1929, 18 de marzo de 1932 y 5 de enero de 1949".

Sobre esa base, razona que la "falta de autenticidad del folleto frente a la obligación de veracidad del emisor ... es una obligación legal, establecida en el entonces vigente art. 28 de la LMV y desarrollada en el Real Decreto 1310/2005". De donde colige que "la acción que deriva del mencionado incumplimiento es la prevista en los citados textos, en especial, el art. 36 del RD", pues estas normas "regulan los efectos legales que se prevén para la infracción de la obligación específica legal que va más allá del deber genérico de lealtad en la contratación".

Y concluye: "no se trata de que el emisor en la elaboración del folleto haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad, sino que el emisor del folleto no ha cumplido con los deberes legales que regulan la redacción del folleto".

3.- Frente a este razonamiento, la recurrente aduce que las acciones basadas en los arts. 1101 CC y 28 LMV son de naturaleza y origen diferentes, pues esta última nace del incumplimiento de una obligación legal, es claramente de naturaleza extracontractual y, en cambio, la del art. 1101 CC, en el sentido en que se ha invocado en la demanda, es de naturaleza contractual, ya que nace de la vulneración de una obligación contractual. Aduce que el mercado de valores es un sector regulado en el que confluyen, además de intereses privados, otros generales relativos al correcto funcionamiento del mercado, en los que se incardina el art. 28 LMV, precepto que opera con carácter previo a los contratos de suscripción de las acciones. Su carácter extracontractual se manifiesta en el círculo de personas responsables, que no son únicamente el emisor, que es con quien contrata el inversor. Por ello considera errónea la asimilación que hace la Audiencia entre la acción del art. 28 LMV (de naturaleza legal) y la del art. 1101 CC (de naturaleza contractual, en el sentido en que ha sido ejercitada en la litis), aunque su fundamento fáctico en ambos casos (falta de veracidad o falseamiento del folleto) sea el mismo.

4.- A fin de dilucidar la cuestión suscitada por este motivo del recurso, debemos partir de la específica tipología negocial litigiosa, una oferta pública de suscripción de acciones de Bankia, sujeta *ratione materiae* y *ratione temporis* al régimen jurídico específico definido por la LMV de 1988, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, y la Directiva 2003/71/CE 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.

El art. 30 bis LMV de 1988, en la redacción aplicable al caso, definía en su apartado 1, párrafo primero, las ofertas públicas de venta o suscripción de valores como "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".

Y en su apartado 2 se refería a la obligación de publicación del folleto informativo como condicionante de la oferta: "no se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Reglamentariamente, se



establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas".

5.- Este desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante el RD 1310/2005. Su art. 38.2 extiende a las ofertas públicas de venta o suscripción, no exceptuadas de la obligación de publicar un folleto informativo, los requisitos de información sobre admisión a negociación de valores establecidos en el capítulo III del título I (en su caso, con las adaptaciones que la CNMV considere pertinentes). El citado capítulo III comienza con el art. 11 en el que se establecen los siguientes "requisitos de información": a) la aportación y registro en la CNMV de los documentos que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable; b) la aportación y registro en la CNMV de las cuentas anuales del emisor, preparadas y auditadas de acuerdo con la legislación aplicable al emisor; y c) la aportación, aprobación y registro en la CNMV de un folleto informativo, así como su publicación, folleto que debe ajustarse a lo dispuesto en el título II (arts. 16 a 23), con las especialidades previstas en el art. 40 del RD 1310/2005.

Este folleto (*prospectus*) constituye un elemento esencial del régimen jurídico específico de las ofertas públicas de venta o suscripción de valores negociables. Su finalidad es reflejar 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, situación financiera, los beneficios y las pérdidas, así como de las perspectivas del emisor y eventualmente del garante y de los derechos inherentes a dichos valores. El folleto debe estar suscrito por persona con poder para obligar a la entidad emisora y presentar la información de forma fácilmente analizable y comprensible (arts. 27.1 LMV y 16 RD 1310/2005). Este folleto está sujeto a la aprobación previa de la CNMV (art. 24 RD 1310/2005), tras la cual deberá registrarse en el correspondiente registro administrativo y será puesto a disposición del público por medio de su publicación por cualquiera de los medios señalados en el art. 25 del RD 1310/2005 (formato electrónico en la página web del emisor, del mercado, de la CNMV, etc). El periodo de validez del folleto es de doce meses desde su publicación (art. 27 RD 1310/2005). El régimen de responsabilidad del folleto fijado en el art. 28.1 LMV aparece desarrollado en los arts. 32 a 37 del RD 1310/2005 en cuanto a las personas y entidades responsables (emisor, oferente, garante, entidad directora, etc), personas legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad y régimen de exención de responsabilidad.

6.- Dentro de este marco legal y reglamentario, desde un punto de vista jurídico-privado, la oferta pública de venta o suscripción de los valores ha sido caracterizada por la doctrina especializada como una variedad de la oferta *ad incertam personam* (*rectius, ad incertas personas*). Se trata, por tanto, de una declaración unilateral de voluntad dirigida a una pluralidad de destinatarios y susceptible de convertirse en otros tantos contratos por contener el conjunto de la futura reglamentación comercial y, en principio, tiene carácter definitivo o irrevocable (sin perjuicio de los supuestos de publicación de suplementos al folleto, o de los casos en que primero se elabora un folleto base y después se fijan las condiciones finales de la oferta, y de la posibilidad de que a la oferta pública preceda una fase de "prospección" del mercado).

En tanto que oferta contractual, la oferta pública de suscripción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad que puede realizarse con arreglo a las determinaciones que libremente se fijen, dentro de los límites generales del art. 1255 CC y los específicos de la Ley del Mercado de Valores y sus normas de desarrollo, incluyendo la exigencia de determinar previamente los términos de la oferta y del procedimiento de aceptación o colocación a través del folleto informativo aprobado y registrado por la CNMV.

Esta oferta debe ser trasladada o puesta a disposición de sus destinatarios o interesados antes del inicio del periodo de colocación, a través de su registro y publicación, en los términos antes señalados. Además, el emisor u oferente deberá elaborar y tener a disposición de los interesados un resumen informativo en el que figuren los principales datos y riesgos referentes a los valores ofrecidos, al emisor y a los posibles garantes de la oferta (art. 17 RD 1310/2005).

La aceptación de la oferta debe ser incondicionada o simplemente adhesiva, sin introducir alteraciones o modificaciones alguna, y formularse en tiempo y forma, de acuerdo con las condiciones de la oferta. La aceptación, en principio, también debe considerarse irrevocable, sin perjuicio de los casos en que circunstancias sobrevenidas obliguen a realizar un suplemento del folleto.

Y todo ello sin perjuicio de (i) los casos, como sucede en la litis, de que al periodo de oferta y aceptación propiamente dicho preceda otro de prospección de la demanda; y (ii) los supuestos en que el número de las aceptaciones supere a la oferta, en los que la formación de los contratos de venta o suscripción requiere aplicar el sistema previamente definido de adjudicación de los valores a los inversores (subasta, prorratea, etc).



La concurrencia de la oferta y de las aceptaciones finalmente efectivas da lugar a la formación o perfección de los respectivos contratos entre el emisor u oferente y los inversores, obligando desde entonces a las partes "no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1258 CC).

7.- Con arreglo al descrito esquema negocial, sin perjuicio del régimen específico de la responsabilidad por folleto previsto en los arts. 28.1 LMV y 32 a 37 RD 1310/2005, como ha señalado una doctrina autorizada, el incumplimiento de las obligaciones de información del folleto conforme a la citada regulación, dada la integración del contenido del folleto en la propia reglamentación contractual una vez aceptada la oferta y perfeccionado el contrato, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad civil de carácter contractual frente a los suscriptores o compradores de los valores.

Esta tesis responde a la idea de que el incumplimiento de las citadas obligaciones de información (por contener el folleto información falsa, graves inexactitudes u omitir datos relevantes) no solo constituye una infracción de una obligación legal que impone la legislación del mercado de valores a los emisores u oferentes en la fase precontractual o de formación del contrato, sino que provoca un incumplimiento del mismo contrato de venta o suscripción, como consecuencia de la integración de la oferta pública de suscripción con el contenido determinado en el folleto informativo una vez aceptada la oferta. Por ello, los inversores perjudicados por la información no veraz o incompleta podrán ejercitar, sin perjuicio de la acción del art. 28.3 LMV (actual art. 38) y 36 RD 1310/2005, la del incumplimiento contractual del art. 1101 CC.

No se trata de afirmar que la responsabilidad *in contrahendo* o precontractual, en caso de que finalmente se perfeccione el contrato, deba ser calificada como responsabilidad contractual y no extracontractual, sino, sin necesidad de realizar tal declaración, observar que en la realidad negocial propia y específica de las ofertas públicas de venta o suscripción de valores negociables, como la OPS de Bankia objeto del litigio, la regulación legal y reglamentaria descrita comporta que las determinaciones y la información contenidas en el folleto, como elemento sustancial de la oferta contractual, una vez aceptada, quedan integradas en el propio contrato como parte esencial de su objeto y regulación negocial. Por tanto, la acción indemnizatoria ejercitada por la vía del art. 1101 CC no deriva en rigor de una infracción de las obligaciones de información precontractual impuestas por la legislación del mercado de valores, sino de un incumplimiento por parte de Bankia de su obligación contractual de entregar aquello a lo que se había comprometido como objeto de la venta/suscripción (art. 1461 CC): acciones de una sociedad con los ratios de solvencia y rentabilidad derivados de la información contable, financiera y patrimonial reflejada en el folleto, integrado primero en la oferta contractual y, después, en el propio contrato.

Al no responder las acciones a las características descritas en el contrato (a través del folleto), y dado el alcance de las diferencias (en lugar de tratarse de acciones de una compañía con beneficios, lo eran de una sociedad con pérdidas multimillonarias), lo entregado no era lo comprometido en el contrato.

8.- En definitiva, la regulación legal de la responsabilidad por folleto ex art. 28.3 LMV no tuvo por finalidad desplazar, anular o enervar la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso o culposo de cualquier tipo de obligaciones, incluidas también las contractuales (cuando de la enajenación de valores negociables se trata), por incurrir una de las partes contratantes en mora u en otra forma de contravención, prevista en los arts. 1101 y ss CC. La finalidad de aquel precepto se inscribía en el objetivo de preservar "la seguridad jurídica necesaria para garantizar la confianza de los inversores y de los operadores en los mercados financieros" (preámbulo RD 1310/2005), para lo que protege no sólo a los inversores que suscriben una oferta pública de suscripción o venta de valores (mercado primario), sino también a quienes adquieren valores negociables admitidos a cotización en mercados secundarios en virtud de negocios de transmisión derivativos realizados por titulares distintos del emisor, siempre que la adquisición se haga de buena fe y dentro del plazo de doce meses de vigencia del folleto, supuestos en los que el emisor carece de legitimación pasiva en el marco de una acción de anulación por vicio del consentimiento (entre otras, sentencia 340/2022, de 3 de mayo).

Frente al carácter contractual de la responsabilidad derivada del art. 1101 CC por incumplimiento de las obligaciones propias del vendedor, en los términos señalados, el distinto carácter y naturaleza de la acción del art. 28.3 LMV se manifiesta también en la determinación del círculo de los responsables, que incluye personas o entidades distintas del emisor/vendedor (además del emisor, oferente o persona que solicita la admisión a negociación de los valores, incluye a los administradores de los anteriores, las personas que acepten asumir la responsabilidad por folleto, el garante de los valores y la "entidad directora": vid. arts. 32 a 35 RD 1310/2005).

9.- Todo ello pone de manifiesto que las acciones de los arts. 28.3 LMV y 1101 CC, sin perjuicio de su común función resarcitoria y de los casos en que puedan solaparse en la práctica, son acciones distintas, con distinto fundamento, con distinto círculo de legitimados pasivamente, con diferentes regímenes jurídicos, lo que impide entender que la prescripción de la primera (por el transcurso del plazo de tres años del art. 28.3 LMV) comporte



también la prescripción de la segunda, en caso de que no haya transcurrido el plazo de cinco años de ésta (art. 1964 CC).

10.- En conclusión, la Audiencia, al declarar inviable el ejercicio de la acción del art. 1101 CC por haber prescrito la acción del art. 28.3 LMV, incurrió en la infracción denunciada en el motivo. Por tanto, debemos estimar este motivo del recurso y, al asumir la instancia, analizar si concurren los requisitos legales para apreciar la responsabilidad, en particular la existencia del nexo causal, cuestión sobre la que ha llegado la controversia hasta esta sede casacional y que procede resolver en sentido positivo.

Aclararemos previamente que la Audiencia no niega la concurrencia del presupuesto culpabilístico del art. 1101 CC, ni alude a él la recurrida en su escrito de oposición. En todo caso, cabe dejar apuntado que esta sala, al analizar la responsabilidad por folleto y la posible exención de responsabilidad por la vía del art. 37 del RD 1310/2005, no ha estimado acreditada la concurrencia de la diligencia debida de Bankia para asegurarse de que la información contenida en el folleto era verdadera y que no omitía datos relevantes (sentencia 337/2022, de 27 de abril).

11.- Como en los casos enjuiciados en las sentencias 380/2021, de 1 de junio, y 340/2022, de 3 de mayo, también aquí cabe apreciar la existencia de un nexo causal entre la información ofrecida en el folleto informativo y el perjuicio sufrido por la inversora demandante como consecuencia de la devaluación de las acciones adquiridas, por las razones que ya apuntamos en aquellos precedentes:

"La información contenida en el folleto, hecha pública y conocida por quienes crean opinión en el mercado de los valores, se reflejará en el precio de los valores, que será el indicador para el inversor sobre el valor de estos, sin que sea necesario que haya basado su decisión directamente en la lectura del folleto. Su decisión se basa en considerar la inversión acorde a sus intereses porque el precio refleja la valoración de la acción de acuerdo con la información del folleto.

"En cuanto a la relación de causalidad respecto del daño, consistente en la pérdida de valor de la acción, se deriva del conocimiento público de que la información contenida en el folleto era falsa o contenía omisiones relevantes. Del mismo modo que la información falsa o incompleta se reflejó en el precio de los valores, el conocimiento posterior de la falsedad o de la falta de completitud de la información también se reflejó en el precio de los valores en el momento en que se hace pública, que descendió en proporción a la gravedad de los defectos de la información. Porque si la información del folleto hubiera sido correcta, los valores no hubieran resultado interesantes para los inversores, o lo hubieran sido por un precio inferior".

12.- En cuanto a la determinación del *quantum* indemnizatorio , la jurisprudencia de esta sala viene manteniendo que la indemnización de daños y perjuicios, derivada tanto de la culpa contractual como de la extracontractual, supone el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y, en consecuencia, la reparación tiene que ser en principio total, a fin de restablecer la situación patrimonial anterior a la causación del daño, de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento alguno, como consecuencia de la indemnización. Este carácter amplio que reviste la obligación de resarcimiento, en cuanto a la extensión del daño indemnizable, queda reflejada en los arts. 1.106 y 1.107 del CC (por todas, sentencia 913/2021, de 23 de diciembre).

13.- El daño o perjuicio se identificó en la demanda con la devaluación de las acciones adquiridas. En concreto, el 19 de julio de 2011 Disa suscribió una orden de compra de 5.333.333 acciones de Bankia por importe de 19.999.998,75 euros, y entre los días 2 y 28 de mayo de 2012, vendió 5.085.333 de esas acciones, por un importe de 10.712.078,29 euros. En consecuencia, la demandante reclama que se condene a Bankia a indemnizar a Disa en el importe de 8.350.420,46 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de la demanda. Pretensión que procede estimar conforme al principio de indemnidad total del perjudicado, dado que el daño sufrido ha quedado concretado y limitado a la citada devaluación de las acciones producida entre la fecha de la adquisición de las acciones y la de su venta, habiéndose producido ésta antes de la intervención realizada por el FROB en abril de 2013, que es cuando se adaptó el valor de la acción a la realidad (de 2 euros a 0,01 euros), momento a partir del cual "las posteriores devaluaciones ya no traerían causa de la información falseada contenida en el folleto, sino por el devenir propio del mercado" (sentencia 340/2022, de 3 de mayo).

DECIMOQUINTO.- *Incumplimiento resolutorio del contrato de suscripción de las acciones de Bankia.*

1.- En el octavo motivo del recurso de casación se alegaba la infracción del art. 1124 del CC y de la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, en cuanto que la sentencia recurrida considera que el incumplimiento de Bankia se produce en la fase precontractual lo que determina un vicio en el consentimiento que puede amparar la nulidad del contrato o el resarcimiento de daños, pero no puede tener eficacia resolutoria del contrato.

2.- En su desarrollo se aduce que la doctrina jurisprudencial invocada por la Audiencia Provincial nada tiene que ver con el supuesto de la litis, en el que no se plantea el incumplimiento de las normas de conducta o



información del prestador de servicios de inversión (ni de un contrato generado por esa prestación de servicios) sino de un contrato de adquisición/suscripción de acciones en el marco de una OPS (arts. 33 a 40 LMV) por haber facilitado el emisor información no veraz en el folleto. Añade que el incumplimiento de Bankia cumple todos los requisitos enumerados por la jurisprudencia para la resolución del contrato de adquisición de las acciones. Dicho incumplimiento se proyecta y afecta a la prestación principal puesto que Bankia se obligó a entregar acciones de una entidad sólida, saneada y solvente, con beneficios, cuando en realidad entregó acciones de una sociedad en quiebra y con miles de millones de pérdidas, con graves consecuencias para la economía del contrato y para la finalidad perseguida por la demandante, quien jamás habría adquirido dichas acciones de haber sabido la realidad de su situación.

El motivo, que debemos analizar ahora desde la perspectiva de la previa asunción de la instancia como petición de la demandante, debe dar lugar a la estimación de la impugnación de la sentencia de primera instancia por las razones que exponemos a continuación.

3.- Una vez que hemos declarado, al resolver el motivo séptimo del recurso de casación, que el incumplimiento que en incurrió Bankia tiene carácter de contravención o incumplimiento contractual, la razón esencial por la que la Audiencia desestimó la pretensión resolutoria de la demandante respecto del contrato de suscripción de las 2.500 acciones adquiridas en la OPS que no había vendido (razón consistente en que la obligación incumplida era precontractual y que la acción del art. 1124 CC se proyecta sobre la fase de ejecución o cumplimiento del contrato), queda desvirtuada y privada de su fundamento, lo que aboca a la estimación del motivo, toda vez que no cabe discutir el carácter esencial y grave del incumplimiento, lo que genera en el caso de las obligaciones recíprocas a favor de la parte contratante que sufre el incumplimiento la facultad de exigir la resolución del contrato (por todas, sentencia 123/2022, de 16 de febrero).

Como alega la recurrente, el incumplimiento afecta a la prestación principal del contrato puesto que Bankia se obligó a entregar acciones de una entidad sólida, saneada y solvente, con beneficios, cuando en realidad entregó acciones de una sociedad al borde de la insolvencia, con miles de millones de pérdidas, lo que frustró la finalidad de rentabilidad económica a que respondía el contrato, provocando una insatisfacción objetiva del inversor.

4.- La resolución del contrato comporta los correspondientes efectos restitutorios. En la demanda se solicita que, al acordar la restitución de las prestaciones, se condene a Bankia a devolver a la actora el precio de compra de las 2.500 acciones (937.500 euros), más los intereses legales desde el 19 de julio de 2011, debiendo devolver la actora a Bankia dichas acciones. Esta pretensión debe ser estimada, si bien solo parcialmente en el sentido de añadir a las obligaciones restitutorias a cargo de la demandante el importe de los rendimientos que, en su caso, hubiera obtenido por la titularidad de esas acciones.

DECIMOSÉXTO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado en parte. Las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido desestimado, corresponden a la recurrente, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, que ha sido desestimado, se imponen a la apelante. No se imponen las costas de la impugnación de la sentencia de primera instancia, que ha sido estimada.

2.- Procede acordar la devolución de los depósitos constituidos para interponer el recurso de casación y la impugnación de la sentencia de primera instancia, y la pérdida de los constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, y estimar el recurso de casación interpuestos por Disa Corporación Petrolífera, S.A. contra la sentencia n.º 379/2018, de 29 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 854/2017.

2.º- Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar desestimamos el recurso de apelación y estimamos la impugnación de la sentencia n.º 90/2017, de 28 de abril, del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Santa Cruz de Tenerife, cuyo fallo modificamos únicamente en el sentido de estimar también la demanda respecto de la acción resolutoria de la suscripción de las 2.500 acciones que conservaba la demandante, con los efectos restitutorios señalados en el fundamento jurídico decimoquinto de esta resolución.



3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni las de la impugnación de la sentencia de primera instancia. Condenar al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la recurrente, y las del recurso de apelación a la apelante. Las de la primera instancia corresponden a la demandada.

4.º- Devolver a la recurrente los depósitos constituidos para interponer el recurso de casación y la impugnación de la sentencia de primera instancia. Acordar la pérdida de los depósitos constituidos para formular los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ