



Roj: **STS 2555/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2555**

Id Cendoj: **28079110012023100913**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2023**

Nº de Recurso: **3021/2019**

Nº de Resolución: **896/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 2129/2019,**  
**STS 2555/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 896/2023**

Fecha de sentencia: 06/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3021/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3021/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 896/2023**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 6 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 102/2019, de 6 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 584/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid, sobre nulidad de órdenes de suscripción de acciones en la Oferta Pública de Suscripción de Acciones de Bankia.

Son parte recurrente Grupo Ferroatlántica S.A.U, Grupo Villar Mir S.A. y Fertiberia S.A., representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Elena Martín García y bajo la dirección letrada de D. Roberto Pérez Sánchez.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Francisco Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Vilellas Bernal y D.<sup>a</sup> Esther Pérez La Orden.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Elena Martín García, en nombre y representación de Grupo Ferroatlántica S.A.U, Grupo Villar Mir S.A. y Fertiberia S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] con las siguientes declaraciones y condenas:

" 1º) Declare nulas las órdenes de suscripción de acciones efectuadas por mis mandantes en la Oferta Pública de Suscripción de Acciones de BANKIA, S.A., cuyo Folleto Informativo fue inscrito en el Registro Oficial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con fecha 29 de junio de 2011, órdenes en virtud de las cuales fueron suscritas, respectivamente, por cada una de mis representadas, las siguientes acciones:

" a) Por GRUPO VILLAR MIR, S.A., 800.000 acciones.

" b) Por FERTIBERIA, S.A., 933.33 acciones; y

" c) Por GRUPO FERROATLÁNTICA, S.A.U., 933.333 acciones.

" 2º) Condene a BANKIA, S.A. a satisfacer a cada una de mis representadas la cantidad que respectivamente se indica:

" a) A GRUPO VILLAR MIR, S.A., la cantidad de DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS (2.958.597 euros);

" b) A FERTIBERIA, S.A., la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS (3.451.699 euros); y

" a) A GRUPO FERROATLÁNTICA, S.A.U., la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS (3.451.699 euros).

" Cantidades resultantes de minorar el precio pagado por cada SOCIEDAD por la suscripción de las respectivas acciones de BANKIA, S.A. con el precio obtenido con su venta posterior, y a las que han de sumarse los gastos de venta de las acciones y los intereses legales de las cantidades así determinadas para cada una de las sociedades actoras en cada momento pendiente de restitución.

" 3º) Condene a BANKIA, S.A. a estar y pasar por las declaraciones y condenas anteriores y al pago de las costas que se deriven del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 25 de mayo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid, fue registrada con el núm. 584/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco Abajo Abril, 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, al Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid, dictó sentencia 99/2018, de 14 de mayo, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Grupo Ferroatlántica S.A.U, Grupo Villar Mir S.A. y Fertiberia S.A. y la representación de Bankia S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 560/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 102/2019 de 6 de marzo, que desestimó el recurso, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido.

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Elena Martín García, en representación de Grupo Ferroatlántica S.A.U, Grupo Villar Mir S.A. y Fertiberia S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Primero.- De conformidad con lo previsto en el artículo 469.1.2º de la LEC, se denuncia infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por falta de congruencia interna de la dictada en segunda instancia, con vulneración del artículo 218.1 de la LEC, en concordancia con el artículo 24.1 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, una de cuyas manifestaciones es, precisamente, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho y congruente".

"Segundo.- De conformidad con el artículo 469.1.2º de la LEC, se denuncia infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la misma Ley".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2.2º LEC, por ser la cuantía litigiosa superior a 600.000 euros. En concreto, se alega infracción por inaplicación de los artículos 1.300, 1.303, 1.265 y 1.266 del Código Civil (en adelante, CCiv), en un procedimiento de juicio ordinario en el que se ejercitaba acción de nulidad por error en el consentimiento en la suscripción de acciones efectuada por mis representadas el día 19 de julio de 2011, con ocasión de la OPS de BANKIA S.A., pretendiendo que se declarara la nulidad de tales órdenes de suscripción de acciones y la condena a dicha entidad al abono a mis representadas de distintas cantidades que se especificaban en la demanda".

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 6 de octubre de 2021, que inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal con condena en costas y pérdida del depósito constituido; que admitió el recurso de casación y, acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- CaixaBank S.A., sucesora de Bankia S.A. se opuso al recurso.

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 2023, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes del caso**

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

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".

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.

El precio de las acciones quedó fijado en 3,75 euros, tanto para el tramo minorista como para el institucional. Las acciones ofertadas en la OPS representaban el 55% del capital social de Bankia; las acciones que representaban el restante 45% del capital social siguieron en manos de Banco Financiero y de Ahorro S.A. (en lo sucesivo, BFA).

**2.-** Como hemos declarado también en anteriores ocasiones ( sentencias 382/2019, de 2 de julio, 890/2021, de 21 de diciembre, 225/2022, de 24 de marzo, 221/2022, de 22 de marzo, y 497/2022, de 24 de junio), el folleto de emisión de la OPS de Bankia adolecía de "graves inexactitudes". En las últimas sentencias citadas reconocimos que la falta de veracidad del folleto informativo (y que ello derivaba de la falta de veracidad de la información contable de la propia entidad) era un hecho "notorio y acreditado".

**3.-** El 19 de julio de 2011, Grupo Villar Mir S.A. (en lo sucesivo, GVM) suscribió una orden de compra de 800.000 acciones de Bankia por su valor de emisión (3,75 euros por acción, de los que 2 euros correspondían al valor nominal y 1,75 euros a la prima de emisión), por las que pagó 3.000.000 euros. Fertiberia S.A. (en lo sucesivo, Fertiberia) y Ferroatlántica S.A.U. (en lo sucesivo, Fertiberia) suscribieron cada una de ellas 933.333 acciones por importe de 3.499.999 euros. Esas tres sociedades, en el momento en que suscribieron las acciones de Bankia, estaban integradas en un grupo societario.

**4.-** GVM, Fertiberia y Ferroatlántica presentaron el 25 de mayo de 2016 una demanda contra Bankia en la que ejercitaron una acción para que se declarara la nulidad de las órdenes de suscripción de acciones efectuadas por las demandantes y se les restituyera la diferencia entre la cantidad pagada por la suscripción de las acciones y la obtenida en su posterior venta, cantidades "a las que han de sumarse los gastos de venta de las acciones y los intereses legales".

El Juzgado de Primera Instancia dictó una sentencia que desestimó la demanda al no concurrir el requisito de la excusabilidad del error pues demandantes y demandada tenían un consejero común y "parece evidente que las demandantes tenían o deberían de haber tenido en el momento de la adquisición de las acciones de la demandada datos suficientes y distintos de los contenidos en el folleto informativo, pues todos los testigos que comparecen, el Director Financiero del Grupo o los Directores de Fertiberia y Ferroatlántica ponen de manifiesto que la decisión se adoptó por cada una de las empresas de modo independiente y tras los análisis que realizaron los expertos de cada entidad, y si bien insisten en que fue sobre la base del análisis exclusivamente de los datos contenidos en el folleto, no se aporta ningún informe escrito al respecto, lo que, a todas luces, parecería necesario en una inversión del valor de las que se están analizando, no dejando de llamar la atención que alguno de estos testigos hable de análisis efectuados en los meses de mayo y Junio de 2011 sobre un folleto que se aprobó el 29 de Junio de 2011".

Las demandantes apelaron la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó la apelación pues confirmó el carácter no excusable del error por el carácter de inversores del tramo institucional que tenían las demandantes y la existencia de un consejero común.

**5.-** Las demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación basado en un motivo, que ha sido admitido.

#### **SEGUNDO.-** *Motivo único del recurso de casación*

**1.- Planteamiento.** En el encabezamiento del motivo único del recurso de casación se alega la infracción por inaplicación de los artículos 1.300, 1.303, 1.265 y 1.266 del Código Civil.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se habría cometido al no tomar en consideración la Audiencia Provincial que en la decisión de suscribir fue determinante la falta de veracidad del folleto, no siendo exigible una labor de investigación o comprobación por parte de los inversores. La Audiencia Provincial atribuye a las demandantes una decisión absurda, la de invertir en Bankia pese a conocer su situación ruinosa.

**2.- Decisión de la sala.** El recurso de casación debe desestimarse por las razones que se exponen a continuación.

El recurso no parte de la base fáctica sentada en la instancia. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyos postulados son asumidos por la sentencia de la Audiencia Provincial, afirma que los análisis que llevaron a las demandantes a decidir invertir en acciones de Bankia se realizaron antes de que se publicara el folleto. Por tanto, no puede aceptarse la tesis de que la falsa situación patrimonial y financiera plasmada en el folleto fue determinante en la adopción de la decisión de invertir.



La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 3 de junio de 2021 (asunto C-910/19) ha declarado que lo relevante, que habrá de ser analizado en cada caso concreto, es si el inversor institucional en cuestión dispuso o pudo disponer de una información distinta de la contenida en el folleto. Esto que se afirma en relación con la responsabilidad por folleto, es también relevante para valorar si el error sobre el valor de lo que se adquiriría era excusable.

Al realizar esta valoración, el TJUE parte de la premisa de que los inversores cualificados "habida cuenta en particular su nivel de experiencia, normalmente tienen acceso a otros datos que pueden informar sus tomas de decisión" (apartado 46); pero advierte que también deben ser tenidos en consideración otros factores como las "relaciones con el emisor de valores" (apartado 47).

Al mismo tiempo, como el TJUE incide en que el juez podrá tomar en consideración si el inversor cualificado "tenía o debía tener conocimiento de la situación económica del emisor", habrá que tener en cuenta no solo la concreta información real que tuviera, sino también la información que hubiera debido tener de haber empleado el nivel diligencia que le es exigible como inversor profesional si, por su particular situación, podía haber tenido acceso a una información adicional a la del folleto (sentencia de esta sala 225/2022, de 24 de marzo).

**3.-** Los tribunales de instancia han resaltado con acierto las circunstancias más relevantes que ponen en evidencia que la falsedad y las inexactitudes de la contabilidad de Bankia no viciaron el consentimiento de las demandantes.

Lo relevante no sólo es que hubieran concurrido a la OPS de Bankia como inversores cualificados, sino la propia vinculación con Bankia, que les habría permitido, de haber observado la diligencia exigible, tener información complementaria sobre la verdadera situación patrimonial y financiera de la emisora de las acciones. En efecto, cuando se hizo la inversión, en julio de 2011, las demandantes y Bankia tenían un consejero común. Lo que justifica que, a través de su consejero común, las demandantes pudieron tener acceso a información adicional, por lo que de haber empleado el nivel diligencia que les es exigible como inversores profesionales, por su particular situación, podían haber tenido acceso a una información adicional a la del folleto.

Teniendo en cuenta que el consejero de las demandantes, en tanto que miembro del consejo de administración de Bankia, debía tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de Bankia (art. 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital) y que, en el desempeño de sus funciones de administrador de Bankia, tenía no solo el derecho sino también el deber de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirviera para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 225.3 de la Ley de Sociedades de Capital), debe entenderse que las entidades demandantes, si hubieran actuado con la diligencia debida, habrían tenido información complementaria sobre la situación patrimonial y financiera real de Bankia. Por tales razones, el error en el que hubieran podido incurrir las demandantes no tendría el carácter de excusable.

Así lo consideramos también en la sentencia 425/2022, de 26 de mayo, en que existía también una vinculación entre la inversora cualificada y Bankia.

#### **TERCERO.-** Costas y depósito

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a las recurrentes.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, 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 de casación interpuesto por Grupo Ferroatlántica S.A.U, Grupo Villar Mir S.A. y Fertiberia S.A. contra la sentencia 102/2019, de 6 de marzo, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 560/2018.

**2.º-** Condenar a las recurrentes al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito.

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.