

**CONSIDERACIONES DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
EN EL CASO BANKIA SOBRE CUESTIONES PROCESALES:
LOS HECHOS NOTORIOS, LA APLICACIÓN DE PRESUNCIONES Y
LA PROHIBICIÓN DEL CAMBIO DE DEMANDA**

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 7 de marzo de 2016

1. Planteamiento

En los procesos promovidos hasta ahora contra Bankia, solicitando la declaración de nulidad de los contratos de compra de acciones y la devolución de los importes satisfechos más sus intereses, la entidad financiera alegó diversos motivos de oposición de naturaleza procesal, que llegaron hasta el Tribunal Supremo (SSTS, Pleno Sala 1ª, de 3 de febrero de 2016, RJ 2016/1 y RJ 2016/2). En una nota anterior analicé la alegación de prejudicialidad penal. Ahora me propongo examinar las demás cuestiones procesales tratadas por dichas sentencias al hilo de la desestimación de los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por la entidad financiera.

Estas cuestiones fueron las siguientes:

- 1) La errónea consideración como hecho notorio de la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el Folleto.
- 2) La también errónea presunción sobre la falta de veracidad de la información económico-financiera de Bankia contenida en el Folleto.
- 3) La estimación por la sentencia recurrida del recurso de apelación con base en unos hechos que no fueron planteados por los demandantes en la demanda, sino que se introdujeron de forma extemporánea, alterando la causa de pedir.

El primer motivo es exclusivo de la primera sentencia (RJ 2016/1) y el tercero de la segunda (RJ 2016/2), mientras que el segundo es común a ambas.

2. La doctrina del hecho notorio

Como motivo de su recurso extraordinario por infracción procesal alegó Bankia la errónea consideración como hecho notorio, por la sentencia de la Audiencia recurrida, de la falta de veracidad de la información económico-financiera de la entidad contenida en el folleto. La sentencia del TS pone de manifiesto la falta de fundamento de tal alegación, porque la sentencia de la Audiencia no afirma que sean notorios tales hechos, sino que “resulta prueba bastante acreditativa” de los mismos. Sin embargo, aprovecha la oportunidad para realizar consideraciones de interés sobre la doctrina del hecho notorio.

Considera la sentencia que el requisito de que la notoriedad sea “absoluta y general”, exigido por el art. 281-4º LEC para que el hecho notorio quede exento de la necesidad de ser probado, ha sido interpretado con cierto rigor; según la STS de 4 de febrero de 1998 (RJ 1998/618), “[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta”. No obstante, tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es de conocimiento “general y absoluto” por todos los miembros de la comunidad. Por ello, se estima suficiente que “el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros de la comunidad cuando se trata de materias de interés público, y entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, (y) en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, quedan exentos de prueba”.

3. Sobre las presunciones

Entiende Bankia (en su recurso extraordinario por infracción procesal) que la Audiencia Provincial apreció la existencia de error del consentimiento porque presumió, desde los hechos objetivos que describe, que la información contenida en el folleto no reflejaba la verdadera situación económico-financiera de la entidad cuando fue publicado, pero sin exteriorizar adecuadamente el proceso lógico que le llevó a dicha conclusión, siendo además inadecuada la prueba de presunciones para la apreciación de este extremo, que exige un complejísimo análisis multifactorial.

Como en el caso de los hechos notorios, la decisión de la Sala es rotunda al rechazar el motivo: “la Audiencia Provincial no acude a las presunciones judiciales para llegar a la conclusión de la disparidad entre la situación patrimonial y financiera en que realmente

se encontraba Bankia cuando realizó la oferta pública de suscripción de acciones y la que se reflejaba en el folleto que a tal efecto emitió. Lo que hace la Audiencia Provincial es tomar en consideración una serie de hechos (la inspección del Banco de España, la sanción impuesta a la empresa de auditoría que informó sobre la corrección de los datos contables incluidos en el folleto, etc), valorarlos y sacar las conclusiones que considera adecuadas”. La conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial (que los datos que contenía el folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia contenían graves inexactitudes, pues no recogían la verdadera situación patrimonial y financiera de Bankia, ni los beneficios realmente obtenidos) no lo ha sido mediante una presunción judicial, sino por la valoración de la prueba practicada y por la consideración conjunta de los datos fijados en el proceso.

No obstante, como en el caso anterior, la sentencia realiza consideraciones de interés sobre las presunciones: “las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos, como el presente, en los cuales el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica”. Y en el presente caso, concluye la sentencia, ni la parte propuso la aplicación de presunción alguna ni el tribunal hizo otra cosa que obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a las pruebas practicadas y realizar las valoraciones jurídicas que ha considerado oportunas en relación a tales hechos.

4. Sobre los hechos nuevos en apelación

En la segunda de las sentencias (RJ 2016/2) alega Bankia, como uno de los motivos de su recurso extraordinario por infracción procesal, que la sentencia recurrida estima el recurso de apelación sobre la base de hechos que no fueron alegados por los demandantes en la demanda, sino que se introdujeron de forma extemporánea, alterando la causa de pedir, y provocando indefensión a la entidad demandada (art. 24 CE). En concreto, considera que existió una *mutatio libelli*, porque en la demanda el error de los demandantes se cifraba en el desconocimiento de que habían adquirido acciones de Bankia y en los riesgos de tal operación, mientras que en el recurso de apelación argumentaron el error con base en la existencia de información incorrecta e inexacta en el folleto explicativo de la oferta pública de adquisición de acciones, que les habría llevado a la creencia errónea de estar adquiriendo acciones de una compañía mercantil solvente.

Recuerda la sentencia la doctrina jurisprudencial reiterada, conforme a la cual la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación, recogido en el art. 456.1 LEC. Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado, sino una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación: la pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera. El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y, correlativamente, el tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta.

Y sobre estas bases, considera que no puede compartirse que la Audiencia haya "reinterpretado" la demanda o haya consentido una modificación de la pretensión. Ciertamente, subraya la imprecisión y confusionismo de la demanda, pero al mismo tiempo resalta que lo fundamental es que en ella se alegó que los demandantes no conocían las condiciones de la inversión que realizaron, ni los riesgos asumidos. Asimismo, en la demanda se alegó que hubo un déficit de información por parte de la entidad emisora-ofertante, y que ello produjo un error en el consentimiento prestado. En los fundamentos jurídicos se adujo la infracción de la Ley del Mercado de Valores, se invocaron expresamente los arts. 1265, 1266, 1300 y 1303 CC, y se mantuvo que Bankia incumplió su obligación de una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo; y se solicitó en el "suplico" la nulidad de la orden de compra de las acciones por error vicio del consentimiento.

Por consiguiente, concluye la sentencia, puede que la demanda inicial del procedimiento no fuera un dechado de formulación y precisión jurídica, pero lo cierto es que las bases fácticas y jurídicas del pretendido error en la prestación del consentimiento contractual estaban expresadas en dicho escrito, por lo que no se produjo a la parte demandada la indefensión cuya evitación está en el sustrato de los principios procesales de prohibición de la *mutatio libelli* (art. 412 LEC) y *nihil innovatur pendente apellatione* (art. 456.1 LEC).