

RAFAEL MARIMÓN DURÁ
Director

LA OFERTA PÚBLICA DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES DESDE LA PERSPECTIVA JUDICIAL

Análisis de la OPS de Bankia de 2011

Autores

BEATRIZ BELANDO GARÍN GONZALO CARUANA FONT DE MORA
JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC RAFAEL MARIMÓN DURÁ
JOSÉ MARTÍN PASTOR MANUEL ORTELLS RAMOS



THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, febrero 2016



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

La publicación de este libro se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre «La regulación del *shadow banking*, de la contratación bancaria y de la protección del cliente: El nuevo horizonte normativo de la actividad bancaria» (DER2013-48707-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyos Investigadores Principales son los profesores Rafael Marimón Durá y Vicente Cuñat Edo.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Rafael Marimón Durá y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9099-530-3
Depósito Legal: NA 224/2016
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Índice General

Página

PRÓLOGO	17
---------------	----

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDAD PENAL SOBRE OPS DE ACCIONES EN EL MERCADO BANCARIO: EL CASO BFA-BANKIA	21
---	-----------

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

I. Introducción	21
II. Antecedentes	22
III. Cuestiones	28
1. <i> Demostrar el engaño</i>	<i>28</i>
2. <i> Acreditar y cuantificar el perjuicio</i>	<i>31</i>
3. <i> Concurrencia de delitos</i>	<i>32</i>
4. <i> La individualización de las responsabilidades criminales</i>	<i>37</i>
5. <i> La responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	<i>40</i>
IV. Bibliografía	41

CAPÍTULO 2

LAS ACCIONES INDIVIDUALES POR NULIDAD Y/O POR RESPONSABILIDAD CIVIL	45
--	-----------

GONZALO CARUANA FONT DE MORA

I. Introducción	45
II. Deber de información en el mercado primario	48
III. El folleto informativo y su contenido. Regulación legal	50
IV. Responsabilidad del emisor	52

V. Acciones de nulidad contractual por incumplimiento del deber de información	53
1. <i>Nulidad absoluta del negocio jurídico de suscripción</i>	54
2. <i>Anulabilidad por vicio en el consentimiento</i>	55
2.1. <i>Cuestiones generales</i>	55
2.2. <i>Error-vicio</i>	60
2.3. <i>Dolo</i>	63
3. <i>Resolución del contrato por incumplimiento de los deberes legales de información</i>	64
4. <i>Reclamación de daños y perjuicios por incumplir el deber de información</i>	65

CAPÍTULO 3

LA OPS COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. FUNDAMENTACIÓN DE UNA ACCIÓN COLECTIVA	67
--	----

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

I. Introducción	68
II. Descripción del supuesto de hecho	69
III. Aplicabilidad de la ley de competencia desleal	73
1. <i>Inclusión del supuesto en el ámbito de aplicación de la LCD</i>	73
1.1. <i>Lesión de los intereses protegidos por la Ley</i>	73
1.2. <i>Subsunción en el ámbito de aplicación de la Ley como «acto de competencia desleal»</i>	76
1.3. <i>Encaje en el concepto de «práctica comercial desleal»</i>	77
2. <i>Tipificación</i>	78
3. <i>Integración de los conceptos generales de la LCD a través de las normas que regulan las condiciones de admisión y colocación de los valores en el mercado</i>	82
4. <i>La prueba del engaño</i>	84
IV. Cauce procesal para articular la acción colectiva	87
1. <i>Acciones</i>	88
1.1. <i>Acción declarativa</i>	88

	<u>Página</u>
1.2. Acción de remoción	89
1.3. Acción de indemnización de los daños y perjuicios .	94
2. <i>Legitimación activa para entablar una acción colectiva</i>	96
2.1. Condiciones de legitimación en la LEC	96
2.2. Reglas de legitimación en la LCD	97
2.3. Aplicación al caso estudiado	98
A) Legitimación para entablar las acciones declara- tiva y de remoción	98
B) Legitimación para entablar la acción de indem- nización de daños y perjuicios	100
3. <i>Requisitos de publicidad necesarios para poder interponer la ac- ción en defensa de los intereses colectivos</i>	100
4. <i>Prescripción</i>	101
V. Conclusiones	103

CAPÍTULO 4

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES SUSCITADAS POR LAS DEMANDAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS CON OCA- SIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIO- NES EN EL MERCADO BANCARIO	105
---	-----

JOSÉ MARTÍN PASTOR

I. Introducción	106
II. Competencia territorial	106
III. Prejudicialidad penal	109
IV. Técnicas de reparación judicial colectiva	114
1. <i>La acumulación de acciones y de procesos</i>	115
1.1. La acumulación de acciones	116
A) La acumulación exclusivamente objetiva	116
B) La acumulación objetivo-subjetiva	117
a) Regulación legal	117
b) Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la acumulación objetivo-subjetiva de accio- nes	117

c)	Crítica a la interpretación restrictiva de la acumulación objetivo-subjetiva de acciones en los procesos promovidos con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones en el mercado bancario	119
d)	La potenciación de la acumulación objetivo-subjetiva de acciones por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), número 564/2015, de 21 de octubre	131
1.2.	La acumulación de procesos	132
2.	<i>Las acciones colectivas</i>	133
2.1.	Las acciones colectivas para la tutela de los intereses colectivos y difusos	133
2.2.	La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses colectivos y difusos	134
2.3.	La intervención procesal de los consumidores y usuarios perjudicados en los procesos promovidos por las asociaciones constituidas para la protección de sus derechos e intereses	135
2.4.	La diligencia preliminar del artículo 256.1.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil	140
2.5.	Acciones colectivas y diligencias preliminares con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones en el mercado bancario	141
A)	La diligencia preliminar y la determinabilidad de los perjudicados	141
B)	La diligencia preliminar y la protección de datos de carácter personal	149
C)	La diligencia preliminar y las acciones a ejercitar .	155

CAPÍTULO 5

TRATAMIENTO DE LITIGIOS MASIVOS. A PROPÓSITO DE LA LITIGIOSIDAD POR LA OPS DE BANKIA 157

MANUEL ORTELLS RAMOS

I. Los litigios originados en el funcionamiento del mercado de capitales. El caso de la ops de bankia	158
1. <i>La OPS de Bankia y un panorama del tratamiento procesal de los litigios derivados</i>	159
2. <i>Una aproximación a los intereses en juego en los litigios masivos y a las razones jurídicas invocadas en favor de esos intereses</i>	163
2.1. La posición de la parte demandada	163
2.2. Los intereses de los demandantes	164
2.3. La posición del poder público encargado de prestar la tutela judicial	165
II. Un banco de prueba de la legitimación –y otras reglas procesales– para la petición colectiva de tutela judicial de una pluralidad de derechos individuales	167
1. <i>Class actions en litigios sobre securities. De la eficiencia del proceso al proceso como negocio</i>	168
1.1. Las <i>class actions</i> después de la reforma de las <i>FRCP</i> de 1966	168
1.2. Las <i>securities class actions</i> : un buen negocio	169
1.3. Correcciones al régimen de <i>securities class actions</i>	171
2. <i>De cómo ha funcionado (o no) el régimen español de petición colectiva de tutela judicial en los litigios derivados de la OPS de Bankia</i>	173
2.1. Dudas sobre la atribución de la legitimación regulada por el art. 11 LEC	175
2.2. Las dificultades jurídicas y financieras para cumplir los requisitos del art. 15 LEC	176
2.3. La obligación de la parte (la asociación) de pagar los gastos y costas procesales y el riesgo de ser condenada en costas. La nebulosa sobre cómo podría resar-	

	<i><u>Página</u></i>
cirse con cargo a los titulares de los derechos para los que se ha pretendido tutela	180
2.4. Las reticencias de los titulares de los derechos que se afirman perjudicados y que pueden ser afectados por el proceso iniciado por el demandante	182
III. Una técnica tradicional: la acumulación de pretensiones. Su aplicación errática, sus debilidades y su posible corrección ...	183
1. <i>La aplicación del régimen de la acumulación en los litigios por la OPS de Bankia: Habent sua sidera litis</i>	183
1.1. Tendencia general en la aplicación de los presupuestos de la acumulación de acciones y cambios en su regulación de la LEC/1881 a la LEC/2000	184
1.2. Las sorprendentes respuestas de los tribunales ante los intentos de acumulación de acciones en demandas por la OPS de Bankia: motivación de las resoluciones y motivos de los jueces	188
2. <i>Dificultades en la gestión procedimental, dirección y resolución de los procesos acumulados y riesgos para los derechos procesales de las partes</i>	192
2.1. Complejidad de la gestión del procedimiento y dificultades para el ejercicio de los poderes del juez	193
2.2. Constricción de la defensa de la parte demandada a un tratamiento genérico de las pretensiones acumuladas	195
2.3. Lesión del derecho de defensa por la duración del plazo de contestación a la demanda	195
2.4. ¿Limitaciones del derecho a la prueba y del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto derecho a una sentencia congruente –exhaustiva– y debidamente motivada?	196
3. <i>La técnica del proceso-modelo. La KapMuG alemana y el diferente régimen de proceso-modelo de los arts. 37.2 y 3 y 111 LJCA</i> .	198
IV. Conclusiones provisionales	204

CAPÍTULO 6

LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL SUPERVISOR EN LA OFERTA PÚBLICA DE SUSCRIPCIÓN. A PROPÓSITO DE LA FALLIDA SALIDA A BOLSA DE BANKIA . 207

BEATRIZ BELANDO GARÍN

I. La responsabilidad administrativa como garantía frente a la discrecionalidad de las autoridades reguladoras	207
II. Los problemas de la responsabilidad de las autoridades de regulación	210
III. Las obligaciones de la cnmv en relación a las emisiones de valores	211
1. <i>Las cuentas anuales</i>	211
2. <i>Aprobación y registro del folleto</i>	214
IV. La delimitación de los requisitos para la posible existencia de responsabilidad administrativa	215
1. <i>La imputación del resultado lesivo a la CNMV: El funcionamiento anormal de los servicios públicos y la antijuridicidad del daño</i>	215
2. <i>Capacidad para evitar el resultado y relación de causalidad</i>	219
V. Conclusiones y propuestas de futuro	220