

Rollo nº 000496/2014

Sección Séptima

AUTO Nº

SECCION SEPTIMA

Ilustrísimos/as Señores/as:

Presidente/a:

D^a MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA

Magistrados/as:

D^a PILAR CERDAN VILLALBA

D^a MARIA IBÁÑEZ SOLAZ

En Valencia a uno de diciembre de dos mil catorce.

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario - 000180/2014, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 22 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandante/s - apelante/s D. XXXXX XXXXXXXXXXXX, dirigido por el/la letrado/a D/D^a. BARTOLOME IBÁÑEZ SORRIBES y representado por el/la Procurador/a D/D^a MARIA ROSA CALVO BARBER, y de otra, como demandado/s - apelado/s BANKIA SA, dirigido por el/la letrado/a D/D^a. MARIA ASUNCION LLUCH GAYAN y representado por el/la Procurador/a D/D^a ELENA GIL BAYO.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr/Sra. Magistrado/a **D/D^a. MARÍA IBÁÑEZ SOLAZ.**

HECHOS:

PRIMERO.- En las expresadas actuaciones y con fecha quince de julio de dos mil catorce, se dictó auto cuya parte dispositiva dice: "*1.- SE ACUERDA LA SUSPENSION de las actuaciones de este proceso, hasta que se acredite que el juicio criminal ha terminado o se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación*".

SEGUNDO.- Contra dicho auto, por la representación del demandante, se interpuso recurso de apelación que fue admitido, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde se ha tramitado el recurso, señalándose para la Votación y Fallo el día diecinueve de noviembre de dos mil catorce, fecha en la que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS:

PRIMERO.- A) La parte actora ejercita la acción de nulidad contractual (Art.1300 CC) por dolo o alternatively error en el consentimiento o incumplimiento radical de normas imperativas en la suscripción en fecha 19-7-2011 de 20.000 “Acciones Bankia” por oferta pública de venta, operación nº 813000404650049 de 40.000 euros de nominal por un importe de 75.000 euros. Se formalizó en fecha 18-7-2011, con un precio por acción de 3,75 euros y en un contexto en el que Bankia S.A. y el Banco Financiero y de Ahorro S.A.(BFA) ofrecieron una publicidad que garantizaba su buena evolución y sólida solvencia patrimonial, correspondiéndose los datos ofrecidos con aquellos que se habían presentado tanto al Banco de España como a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Sin embargo poco después dicha entidad tuvo que ser intervenida por el por el Banco de España precisando de una ayuda del estado de 33.000 millones de euros, sufriendo sus acciones una caída del 82%. Es más, mientras que sus administradores en fecha 6-10-2012 anunciaron el reparto de 152 millones de euros del resultado del ejercicio de 2011, (252 millones de euros de beneficios) escasos días después reformularon las previas cuentas e incluyeron en la “Cuenta de Pérdidas y Ganancias” unas pérdidas de 3.030 millones de euros. La adquisición de acciones por el demandante se produjo con previo engaño de Bankia de su verdadera situación económica, patrimonial y financiera. Bankia no había atendido las reclamaciones efectuadas al respecto. En relación con la actuación descrita se había incoado causa penal, DP 59/2012 en el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional. Aportaba como documentos al respecto:

- la suscripción (doc. 2)
- el tríptico publicitario de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia S.A. (doc. 3.1)
- el Folleto Informativo de fecha 29-6-2011 de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia S.A. inscrito en la CNMV (doc. 3.2)
- información de la Web del BFA sobre superación de las pruebas de

- stress en fecha 17-7-2011 (doc.4)
- resultados de Bankia del primer semestre de 2011 de fecha 27 de julio de 2011 que incluía la salida a Bolsa, las principales magnitudes financieras, cuenta de resultados, balance y liquidez, gestión de riesgo y solvencia, conclusiones finales y apéndices (doc.5)
- presentación de resultados del primer trimestre de 2013 de Bankia (doc.6) y resultados del primer trimestre de 2011 como dice el demandante al folio 5 de su demanda.
- Auto de fecha 4 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional incoando Diligencia Previas nº 59/2012 (doc.7)
- informe de Auditoria de Deloitte S.L. de 25 de mayo de 2012 (doc.8), cotizaciones de Bankia en la bolsa de Madrid entre el 20-7-2011 y 31-12-2013 de la Web de Invertia.com (doc. 9);
- reclamación extrajudicial (doc.10)
- comunicación del Servicio de Atención al cliente (doc.11).

B) Por su parte, la demandada, Bankia S.A., al contestar a la demanda alegó como cuestión previa la prejudicialidad penal, al seguirse en el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional las Diligencias Previas 59/2012 sobre los mismos hechos, por lo que debía suspenderse la causa civil. Bankia considera que los hechos, los presupuestos y los documentos en que la parte actora sustenta la acción civil que ejercita coinciden en su totalidad con los hechos que están siendo investigados en dicho Juzgado. Alude a que la eventual falsedad de los estados e información contable utilizados para la salida a Bolsa de Bankia es presupuesto esencial e ineludible para poder determinar la nulidad de la suscripción de acciones que se insta al fundarse en la repetida falsedad y la alteración de la imagen fiel de Bankia. Por tal motivo y en aplicación de los Arts. 10.2 de la LOPJ, 114 de la Lecrim y 40.4 de la Lec debía suspenderse el procedimiento hasta la resolución de la causa penal.

Aportaba como documentos:

- el mismo auto de incoación de DP
- Providencia de fecha 4-2-2013
- la querella presentada (bloque doc.2)
- el folleto publicitario de la emisión
- notas de prensa de Bankia (bloque doc.3)

C) El Juzgado de 1ª Instancia tras la celebración de la Audiencia Previa dicta Auto en el que con cita genérica del Art. 40 de la Lec acoge la concurrencia de cuestión prejudicial penal ordenando la suspensión del procedimiento hasta que se acredite que el juicio criminal ha terminado o se

encuentre paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación.

D) Recurre el demandante que niega la concurrencia de cuestión prejudicial penal. Alegó el interés jurídico pero también económico de la demandada en la suspensión habida cuenta de los numerosos procedimientos judiciales derivados de su venta de productos tóxicos como las preferentes o de la suscripción de sus acciones y la repercusión que la no paralización pueda tener en sus estados financieros; la irrelevancia de la existencia o no de responsabilidad penal ya que mientras que la misma exige dolo, ello no es exigible en el ámbito civil, en el que es suficiente que se haya provocado error en el adquirente por una publicidad incorrecta sobre el estado económico financiero y patrimonial; añadiendo que la posible condena civil no afectaría a la seguridad jurídica o inmutabilidad de las sentencias si la contradicción se debiese a los distintos criterios informadores de las distintas jurisdicciones.

E) Bankia reiteró sus argumentos en defensa de la prejudicialidad penal y la paralización del procedimiento civil.

SEGUNDO.- La prejudicialidad penal en la jurisdicción civil se recoge en los siguientes:

Artículo 10 LOPJ:

“1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.”

Artículo 114 Lecrim.

“Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales. delito o falta.”

Artículo 40 Lec.

“1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias:

1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.

4. No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

5. En el caso a que se refiere el apartado anterior no se acordará por el Tribunal la suspensión, o se alzará por el Secretario judicial la que aquél hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él. Hecha la renuncia, se ordenará por el Secretario judicial que el documento sea separado de los autos.

6. Las suspensiones a que se refiere este artículo se alzarán por el Secretario judicial cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación.

7. Si la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes.”

La exposición de Motivos de la Lec dice sobre ello:

“En esta Ley, la prejudicialidad es, en primer término, objeto de una regulación unitaria, en lugar de las normas dispersas e imprecisas contenidas en la Ley de 1881. Pero, además, por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal.

Así, pues, hace falta algo más que una querrela admitida o una denuncia no archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil. Mas, si concurren todos los elementos referidos, dicho proceso no se suspende hasta que sólo se encuentre pendiente de sentencia. Únicamente determina una suspensión inmediata el caso especial de la falsedad penal de un documento aportado al proceso civil, siempre que tal documento pueda ser determinante del sentido del fallo.

Para culminar un tratamiento más racional de la prejudicialidad penal, que, al mismo tiempo, evite indebidas paralizaciones o retrasos del proceso penal mediante querellas o denuncias infundadas, se establece expresamente la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de la dilación suspensiva si la sentencia penal declarase ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad.

Se prevé, además, el planteamiento de cuestiones prejudiciales no penales con posibles efectos suspensivos y vinculantes, cuando las partes del proceso civil se muestren conformes con dichos efectos. Y, finalmente, se admite también la prejudicialidad civil, con efectos suspensivos, si no cabe la acumulación de procesos o uno de los procesos se encuentra próximo a su terminación.”

Conforme a lo anterior la prejudicialidad penal como causa de suspensión del proceso civil exige:

- se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio.
- se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.
- la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En este caso el proceso civil se tramita hasta el momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia.

Pero también cabe la suspensión en cualquier momento sin esperar a la conclusión del procedimiento cuando:

- concurre la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados
- se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito

- a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto

Igualmente hay que tener en cuenta que la prejudicialidad debe ser interpretada con carácter restrictivo, de tal manera que solo se acceda a la suspensión cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal, sin que haya lugar a apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo por la resolución penal. Así la STS Sala 1ª de 30 mayo 2007, EDJ 2007/70090:

“ El art. 362 LEC EDL 2000/77463 establece una norma de prejudicialidad penal , que es siempre devolutiva (art. 10.2 LOPJ EDL 1985/8754), pero, que aparte de ser de interpretación restrictiva (S. 11 jun. 1992 EDJ 1992/6153), exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito (Auto 24 nov. 1998, SS. 30 sept. 1940, 3 abri.1954, 10 mayo 1985 EDJ 1985/7340, entre otras). El fundamento no es exclusivo cuando la resolución civil no depende de la decisión penal (SS. 11 junio 1992 EDJ 1992/6153 y 7 julio 1995 EDJ 1995/3479 -que dice "la acción impugnatoria de determinados acuerdos sociales, que es la ejercitada en el caso (y lo mismo ocurre en el presente proceso), puede resolverse perfectamente al no encontrarse condicionado o supeditado su fallo, a la suerte que hubiera de correr el penal entablado o el posible a entablar ya que, en ningún caso, la sentencia en el civil habría de fundarse en la existencia de un delito"-); y, por ello, cuando se pretende obtener la suspensión, para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil (A. 24 nov. 1998), pues sólo obliga a suspender la "exclusividad" expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil (S. 10 mayo 1985).

TERCERO.- En base a la documental aportada por el demandante y que la demandada ha asumido, a la propia documental de ésta, así como a la existencia de hechos notorios que no necesitan prueba, podemos efectuar un indiciario, breve y resumido relato de hechos necesario y suficiente para resolver lo que nos ocupa. Aclarando que los hechos notorios que utilizamos se permiten en el Art. 281.4 de la Lec al decir: “4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.” A ellos alude la jurisprudencia del TS entre otras en:

- STS, Civil sección 1 del 12 de junio de 2007 (ROJ: STS 4444/2007) en su F.J. Segundo se encuentra una definición del hecho notorio: “(...) la apreciación de notoriedad hace innecesaria la prueba, pues los hechos notorios (que según definición clásica son "aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba"no es preciso probarlos, y así lo vino reconociendo la jurisprudencia (SS., entre otras, 20 sept. 1988, 5 feb. 2001, 30 nov. 2004), y así lo establece la LEC 2000 en el art. 281.4 -"no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"-.

-STS, Civil sección 1 del 26 de abril de 2013 (ROJ: STS 2247/2013).

Este relato resumido sería en esencia:

1º.- Con fecha de 28 de junio de 2011 la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFA y, posteriormente, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BANKIA, adoptaron los acuerdos necesarios para poner en marcha la salida a bolsa de BANKIA mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones (OPS).

2º.- Para ello confeccionó un tríptico publicitario (doc. 3.1) y emitió un “Folleto Informativo” de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia S.A. (doc. 3.2) registrado en la CNMV en fecha 29 de junio de 2011, presentando la operación como un reforzamiento de los recursos propios, a fin de realizar una “aplicación adelantada” de nuevos y exigentes estándares internacionales, que contribuiría a potenciar el prestigio de la entidad. En el propio Folleto se indicaba que, debido a la reciente integración de las distintas Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios resumidos de “Grupo Bankia” correspondiente al trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011.

3º.- Bankia salió efectivamente a bolsa el día 20-7-2011, emitiendo 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros (en total 3,75 euros por acción), siendo la inversión mínima exigida de 1.000 euros. Implicaba una ampliación del capital de 1.649 millones de euros con una prima de emisión de 1.442 millones de euros.

4º.- Ese mismo día, 20-7-2011, el presidente de Bankia, Sr. Rato Figaredo, efectuó un discurso en la Bolsa de Madrid afirmando que “*estar hoy aquí es, en sí mismo, todo un éxito*”. Subrayó que “*la salida al mercado de Bankia se ha considerado un punto de referencia del sector bancario español*” y, tras dar las gracias a “*los 347.000 nuevos accionistas de Bankia y a los 11 millones de personas que siguen depositando su confianza en nosotros*”, manifestó que “*la salida a Bolsa es una decisión estratégica porque hace más fuerte a nuestra entidad y consolida su papel de liderazgo en la banca universal española*”. A continuación, el Sr. de Rato se refirió a que BANKIA tenía “*unas premisas de gestión muy claras, centradas en la solvencia, la gestión rigurosa de riesgos en todas las fases del ciclo y la eficiencia y austeridad de costes*”. Y añadió que “*así es como Bankia pretende crecer y crear rentabilidad de forma sostenible y esto se traducirá en valor para nuestros nuevos accionistas*”. Respecto a las premisas con las que partía Bankia, hizo referencia a que “*la solvencia, el talento, una gestión*

rigurosa de riesgos y una política eficiente en los costes” eran las bases sobre las que partía la nueva andadura de la entidad financiera, que contaba con un posicionamiento *"de primer nivel"*, una cuota de mercado del 10% y 281 mil millones de activos, *"suficientes para acceder a los mercados financieros internacionales"*. Este discurso fue ampliamente difundido en la prensa, radio, y en diferentes cadenas de TV.

5º.- En fecha 21-11- 2011 el Consejo de Administración de Banco de Valencia, S.A, filial de Bankia, solicitó la intervención del Banco de España, lo que se llevó a cabo, descubriéndose activos problemáticos por importe de 3.995 millones de euros (el 18,5% del total), pasando así a ser el primer banco nacionalizado de los varios que lo serían después. Pasó a ser administrado por el FROB con el objetivo de estabilizarlo y recapitalizarlo y hacer posible una posterior enajenación a otra entidad mediante un proceso competitivo.

6º.- El 8-12-2011, la EBA (European Banking Authority) comunicó a través del Banco de España que las necesidades adicionales de capital para el "Grupo Bankia" se situaban en 1.329 millones de euros sobre datos de septiembre de 2011, que debían ser cubiertos a finales de junio de 2012. Atendiendo a dicha solicitud el 20-1-2012 el "Grupo BANKIA-BFA" presentó un Plan de Capitalización al Banco de España, previa su aprobación por el consejo de administración de BFA. En dicho Plan se recogían las medidas de capital que iba a adoptar el “Grupo” para cubrir las necesidades de capital identificadas, que incluían la conversión de las participaciones preferentes del FROB en instrumentos de capital y otras medidas como la venta de activos no estratégicos y mejoras de los activos ponderados por riesgo.

7º.- No obstante, el mensaje que se seguía trasladando por Bankia y por el BFA a los inversores era de máxima tranquilidad. En el Hecho relevante comunicado por BFA a la CNMV el día 8-12- 2011, expresamente se indicaba que la reciente ampliación de capital, con una captación de recursos de 3.092 millones de euros, hacía que la entidad se encontrara en un *"cómoda situación de solvencia"*.

8º.- Una vez pasado ya el plazo legal de presentación de las cuentas anuales aprobadas y auditadas por BANKIA y por BFA, Bankia procedió el 4-5-2012 a remitir a la CNMV las *"Cuentas Anuales Individuales"* correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011 y las *"Cuentas Anuales Consolidadas"* de dicho ejercicio, pero sin auditar y a través de un "hecho relevante". En las citadas cuentas anuales se incluía, un beneficio de 305 millones de euros (304,748 euros exactamente) o bien un beneficio de 309 millones considerando que las denominadas cuentas *"pro forma"*, contemplan diversos ajustes realizados en el perímetro de negocio

final. Dichos resultados eran, aparentemente, coherentes y consistentes con los resultados contables publicados de cara a la salida a bolsa e incluso con los resultados que la propia BANKIA había difundido respecto del tercer trimestre del ejercicio 2011, en los que la citada entidad informaba que el resultado atribuido al Grupo acumulaba 295 millones de euros en septiembre de ese año.

9º.- El día 7-5-2012, el entonces presidente de la entidad, dimitió y comunicó su intención de proponer a la Junta de BFA la designación del Sr. Goirigolzarri, reiterando la confianza en la fortaleza de la entidad.

10º.- Dos días después, el día 9-5-2012, ya nombrado el Sr. Goirigolzarri, éste pidió la intervención del BFA a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que adquirió el 100% de BFA y el 45 % de Bankia,

11º.- A pesar de la toma de control por parte del FROB y la renovación del equipo directivo de la entidad, la cotización de BANKIA seguía en caída, llegando a perder por momentos más de un 30 % el día 17 de mayo

12º.- El día 25-5-2012, Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de unas nuevas cuentas Anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas, en las cuales se reflejaban unas pérdidas de 2.979 millones de euros, frente a los 309 millones de beneficio declarados, y sin auditar, apenas 20 días antes.

A la vista de la incertidumbre generada por estas nuevas cuentas y la caída de la cotización, a primera hora del viernes 25-5-2012 la CNMV suspendió la cotización de las acciones de BANKIA a petición de la propia entidad (el día anterior había cerrado a 1,57 euros, menos de la mitad del precio de salida que fueron 3,75 euros por acción, el 20-7-2011).

En la tarde del mismo día Bankia solicitó una inyección de 19.000 millones de euros para recapitalizar BFA, matriz de BANKIA (de los que 12.000 serán para esa entidad). Estos 19.000 millones sumados a los 4.465 millones ya concedidos, ofrecían la cantidad de total de 23.465 millones de fondos públicos, convirtiendo este recate en el mayor de la historia de España y uno de los mayores de Europa. Los 4.465 millones de euros citados, eran el importe de participaciones preferentes que el FROB había suscrito y desembolsado en diciembre de 2010 cuando se creó el BFA y este aprobó la emisión de participaciones preferentes por tal importe, que después pasó a Bankia en mayo de 2011 autorizándose por el FROB que se convirtiesen en capital.

13º.- El partido político Unión Progreso y Democracia (UPyD),

presentó una querella frente a la mercantil Bankia S.A. y al Banco Financiero de Ahorros S.A. (BFA), y los consejeros de dichas entidades, que fue turnada al Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, que incoó por Auto de fecha 4-7-2012 las Diligencias Previas número 59 / 2012.

La querellante explicitando las diferentes conductas denunciaba la comisión de diversos delitos por los querellados:

- delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances del artículo 290 del código Penal,
- delito de administración desleal o fraudulenta del art. 295 del CP,
- delito maquinación para alterar el precio de las cosas del artículo 284 del Código Penal,
- delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal

Del Auto de incoación conviene destacar: la letra C) del Razonamiento Jurídico Tercero:

C) Por lo que se refiere a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 de la L.E.Crim. ordena la desestimación de la querella cuando los hechos en que se funda "no constituyan delito". La valoración de si tienen significación penal no puede hacerse sino en función de los hechos como son alegados en la querella, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

En el presente caso, la querella describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA S.A., que ha ido creciendo progresivamente en breve periodo de tiempo, pasando su balance en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance. Tales hechos derivan del proceso de fusión de CAJA MADRID, CAJA DE ÁVILA, BANCAJA, CAJA DE CANARIAS, CAIXA LAIETANA, CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA que, a través de la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) dio origen a la constitución del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS (BFA), único accionista de BANKIA, que salió a bolsa el 20 de julio de 2011 mediante una oferta pública de suscripción (OPS).

De esta forma, se denuncia, en primer lugar, la posible comisión de un delito de falsedad de las cuentas anuales y de los balances.

Dicho delito se tipifica en el artículo 290 del código Penal, que castiga a "Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior".

La conducta típica del artículo 290 se concreta en la acción o comportamiento que consiste en alterar o no reflejar en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, tanto plasmando datos falsos como omitiendo otros verdaderos. De este modo, se incluyen en su ámbito tanto las conductas positivas, ya sea mintiendo, alterando o no reflejando la situación real de la entidad como las omisivas, es decir, ocultando datos cuya presencia es imprescindible para el reflejo exacto de la situación jurídica o económica de la sociedad, de acuerdo al mandato que la Ley de Sociedades de Capital impone al administrador.

En el supuesto que nos ocupa, se viene a denunciar que los consejeros de BANKIA y BFA distorsionaron las cuentas de ambas entidades, a fin de dar la impresión o crear la ficción de que su situación patrimonial era mejor que la realmente existente, lo cual les sirvió para mejorar los distintos ratios de solvencia y ganarse la confianza de los inversores en la salida a bolsa y en la subsiguiente cotización.

En segundo lugar, se califican los hechos como presuntamente constitutivos del delito de administración desleal o fraudulenta.

El artículo 295 del Código Penal castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, a:

"Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren."

Como jurisprudencialmente ha sido asentado (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 y de 7 de junio de 2006) el bien jurídico protegido por el artículo 295 del Código Penal es doble:

1º) El individual, formado por el concreto patrimonio social; y

2º) El colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.

En el presente caso, el escrito de querella describe y documenta la existencia de un perjuicio económicamente evaluable a todos y cada uno de los accionistas de BANKIA, debido a la denunciada disposición fraudulenta de los bienes de la Sociedad realizada mediante una gestión social en la que habría prevalecido el favor político al rendimiento económico, mediante una serie interminable de ruinosas inversiones, que a la postre provocaron la descapitalización de la Sociedad, que los propios consejeros se habrían ocupado de ocultar mediante diversas técnicas de manipulación contable que son objeto de denuncia y que deberán ser convenientemente comprobadas en la instrucción judicial.

El tercero de los delitos denunciados es el de maquinación para alterar el precio de las cosas, infracción que contempla y castiga el artículo 284 del Código Penal, al disponer que "Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador."

De esta forma, en el escrito de querella se denuncia que los Consejeros, directivos y gestores de BANKIA elaboraron y difundieron diversa documentación, tanto contable como meramente informativa, que arrojaba una imagen de la Sociedad absolutamente irreal, presentando a la misma como acreedora de una solvencia de la que carecía, con la finalidad de poder salir a bolsa y obtener financiación del mercado en primer lugar y, posteriormente, intentando mantener a toda costa el precio de cotización y los ratios de solvencia para lo cual no dudaron en manipular la información existente y, por ende, al propio mercado, alterando el correcto funcionamiento del sistema económico.

El cuarto de los delitos que se pone de manifiesto en la querella como presuntamente cometidos y objeto de la presente causa es el de apropiación indebida y administración desleal en relación a las prejubilaciones y blindajes auto-concedidos por los Consejeros de las Cajas.

El artículo 252 del Código Penal sanciona con las penas previstas en los artículos 249 ó 250 a:

"Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores, o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable."

De esta forma, para apreciar dicha infracción se requiere:

- a) Que el sujeto activo se halle en posesión legítima del dinero o efectos, o cualquier otra clase de cosa mueble.*
- b) Sujeto pasivo será el dueño o titular de éstos, que voluntariamente accedió o autorizó para que el primero los percibiese, si bien con la provisionalidad o temporalidad determinada por la relación o concierto base que mediara entre ambos.*
- c) En cuanto al título determinante de la primigenia posesión o tenencia, con claro signo de «numerus apertus», se viene estimando como propio cualquier acto o negocio jurídico que origine la entrega al sujeto activo del objeto en cuestión y del que se derive la obligación de su puesta a disposición o devolución al último y verdadero destinatario de aquél.*
- d) Aprovechamiento abusivo por parte del agente de la confianza latente en el acto negociador base.*
- e) Doble resultado, de enriquecimiento respecto del sujeto activo, y de empobrecimiento o perjuicio patrimonial del agraviado.*
- f) Ánimo de lucro.*

A los hechos denunciados deberán ser de aplicación el delito referente a la apropiación indebida en su vertiente de administración desleal (artículo 252 del Código Penal), pudiendo conducir a la existencia de responsabilidad penal por la concurrencia de los requisitos exigidos cumulativamente en la definición del tipo penal.

De esta manera, se denuncia una la grosera infracción de los deberes de transparencia, fidelidad y lealtad, que implica la consecuente contravención de los principios en los que estos se concretan; dichos acuerdos, y dichas conductas, deberán ser objeto de investigación, a fin de determinar si las mismas tienen relevancia penal. “

“En el presente caso, la querella describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA S.A., que ha ido creciendo progresivamente en breve periodo de tiempo, pasando su balance en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, lo que ha exigido una próxima e importante aportación de capital público para el saneamiento de su balance. Tales hechos derivan del proceso de fusión de CAJA MADRID, CAJA DE ÁVILA, BANCAJA, CAJA DE CANARIAS, CAIXA LAIETANA, CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA que, a través de la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema Institucional de Protección (SIP) dio origen a la constitución del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS (BFA), único accionista de BANKIA, que salió a bolsa el 20 de julio de 2011 mediante una oferta pública de suscripción (OPS).”

Su Razonamiento Jurídico Segundo:

“SEGUNDO.- *Procede, igualmente, declarar la competencia de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y por ende, de este Juzgado Central de Instrucción, para*

conocer de la instrucción y, en su caso, posterior enjuiciamiento de tales hechos, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 65, 1, letra c) de la L.O.P.J., al establecer la competencia de este Tribunal para los supuestos de defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, siendo conocida la interpretación jurisprudencial que de este artículo se ha formulado, en el sentido de que el término defraudación ha de ser interpretado desde un punto de vista material y no formal, como "conductas que causan daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso del derecho penalmente tipificados (ATS 22/04/99, 22/05/04 y 17/01/05), siendo así que las conductas descritas en el escrito de querella, de tener relevancia penal, encajarían plenamente en este concepto material de "defraudación", y las mismas habrían producido, o podido producir, una grave repercusión en la economía nacional así como perjuicio a una generalidad de personas en territorio de más de una Audiencia, al tratarse, BANKIA, de una entidad de suma relevancia en el sistema financiero español, al tratarse del 4º banco más grande de España en volumen de activos, con más de 11 millones de clientes, con un volumen de negocio que superaba los 485.000 millones de euros y un negocio crediticio de más de 186.000 millones de euros a 31 de diciembre de 2.011, de forma y manera que la quiebra del mismo, por su tamaño, su complejidad, actividades transnacionales e interconexiones con el resto del sistema financiero podría desestabilizar todo el sistema financiero del país. De esta forma, el FROB, en cumplimiento del Real Decreto sobre Saneamiento y Venta de los Activos Inmobiliarios del Sector Financiero de fecha 11 de mayo de 2.012, ha inyectado hasta 4.465 millones de euros de dinero público procedentes del préstamo que el mismo FROB concedió en su día a esa entidad y que se convertirán en acciones de BANKIA al no poder ser devueltos. La magnitud del perjuicio generado se plasma en el hecho de que la dirección de BANKIA haya solicitado la suma de 19.000 millones de euros para poder acometer un plan de saneamiento y de recapitalización del grupo financiero. El coste inicial para el erario público por el saneamiento y capitalización del Grupo BFA-BANKIA ascendería, por tanto, en esta hipótesis, a la suma de 23.465 millones de euros, lo que supone, sin duda, un grave perjuicio a la economía nacional."

14º.- El objeto inicial de esta instrucción se mantuvo en posteriores Autos de fechas 7 y 28 de diciembre de 2012.

CUARTO.- En el anterior contexto este Tribunal no comparte la decisión del juzgador de instancia de acoger la suspensión solicitada por Bankia por prejudicialidad penal en relación al delito de falsedad de cuentas del Art. 290 del CP que investiga (entre otros delitos) el Juzgado Central de Instrucción nº 4:

Este artículo castiga a "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero".

En el supuesto que nos ocupa, Bankia ubica la prejudicialidad en la eventual falsedad de los estados e información contable utilizados para la salida a Bolsa de Bankia que se está investigando en la jurisdicción penal, lo que a su parecer es presupuesto esencial e ineludible para poder determinar la nulidad de la suscripción de acciones que efectuó el demandante.

Vemos que efectivamente se denunció y se investiga penalmente si los consejeros de BANKIA y BFA distorsionaron las cuentas de ambas entidades, a fin de dar la impresión o crear la ficción de que su situación patrimonial era mejor que la realmente existente, lo cual les permitió mejorar los distintos ratios de solvencia y ganarse la confianza de los inversores en la salida a bolsa y en la subsiguiente cotización.

Es posible que se haya cometido un delito de falsedad en los términos del Art. 290 del CP, por el que se sigue la referida causa penal. Esta posible falsedad, por lo que nos interesa en relación a los documentos efectivamente aportados por el demandante, vendría referida a los resultados económicos del primer semestre de 2011 que se plasman en el documento nº 5 de la demanda, y en el propio folleto informativo de la suscripción que se presenta a la CNMV que es el documento nº 3.2.

Sin embargo dichos documentos, y su posible falsedad, aportados por copia, no se consideran decisivos para resolver sobre el fondo del asunto, pues a la vista del relato de hechos antes confeccionado resulta notorio que sin necesidad de ellos se puede tener por acreditada que la imagen de solvencia que Bankia proyectó cuando efectuó su oferta de suscripción de acciones y su salida a bolsa en fecha 20-7-2011 no era correcta y no reflejaba su verdadera situación económica. Es decir aunque estos documentos (o incluso el resto de los aportados) no se hubiesen incorporado a la causa, la apariencia de errónea solvencia alegada por el demandante hubiese podido acreditarse por el hecho notorio referido a las diferentes actuaciones no solo de la propia Bankia y el BFA, sino también de las entidades públicas de control y regulación del mercado. Igualmente se hubiese desprendido por la divergencia entre la inicial publicidad del tríptico y el discurso de su presidente, Sr. Rato, el día de la salida a bolsa en relación a las nuevas cuentas reformuladas por el nuevo consejo de administración tras el cese del anterior. Lo mismo cabe decir de la acreditada y notoria situación de rescate financiero del día 25-5-2012.

Y siendo esta apariencia de solvencia y fiabilidad de la suscripción de acciones lo que según el demandante le indujo a comprar acciones a un determinado precio el día 19-7-2011 consideramos que para resolver sobre la pretensión deducida no se precisa que recaiga sentencia en el orden penal que

declare que las cuentas presentadas eran falsas, quienes sean sus autores y cuales sus responsabilidades penales o civiles.

Es decir, si la imagen de solvencia que se ofreció por Bankia en junio de 2011, no se correspondía a la realidad, no es preciso que exista un previo pronunciamiento penal que determine que ello fue constitutivo de delito y que ello se debió única y exclusivamente por la falsedad de las cuentas del primer semestre de 2011.

No puede desconocerse que el demandante está instando la nulidad de un contrato por dolo o por error en el consentimiento, o por incumplimiento radical de normas imperativas (folio 12 de la demanda), es decir está aludiendo a alguna de las posibilidades del art. 1265 del CC (*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*), y aunque el dolo, como vicio de la voluntad negocial, pueda venir determinado por una conducta insidiosa o maquinación maliciosa de tal entidad que pueda subsumirse en el art. 1270 del CC, el dolo civil no exige que la conducta sea constitutiva de infracción penal.

En este sentido la STS Civil de 3 febrero 1981 (RJ 1981\347) alude a que :

*“lo resuelto en la esfera penal sobre la declaración de responsabilidad y la imposición de la pena, no son en sí mismas condición o presupuesto de ninguna norma **civil** y en consecuencia no podrá en rigor afirmarse que exista autoridad de cosa juzgada en este otro ámbito, sino que la vinculación del juez **civil** a la sentencia condenatoria se manifiesta en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al debate **civil** cuando la controversia atañe a cuestiones distintas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, sentido en el cual enseña la Jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales **civiles** «en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga»...”*

Añadir que aceptar la suspensión que pretende Bankia equivaldría a dictar una resolución desconectada de la realidad social que también se debe tener en cuenta como criterio de interpretación previsto en el Art. 3 del CC. La suspensión provocaría y haría dificultosa la pronta resolución, no solo de este caso sino del de otros muchos, en que por diferentes accionistas se compraron acciones de Bankia, máxime la fundada posibilidad de la larga y compleja tramitación de la causa penal, en contra de la claridad y perfecta delimitación del objeto de la pretensión deducida por el demandante en su contenido y efectos.

Todo ello sin prejuzgar cual sea la decisión final del pleito.

Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto, a lo que hay que añadir el criterio de aplicación restrictiva de la prejudicialidad penal, procede rechazar la prejudicialidad penal alegada por la demandada en este momento procesal y, por tanto, debe seguirse con la tramitación de la causa civil que nos ocupa, sin suspenderse.

Añadir que este ha sido el criterio que han recogido diversas resoluciones dictadas ya en la primera instancia por Juzgados de tal naturaleza tales como:

- Sentencia nº 91/2014 de fecha 22-7-2014, JO 1438/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcalá de Henares, Ponente ZULEMA GARCIA CALABUIG, Roj: SJPI 80/2014
- Sentencia 163/2014 de fecha 1-9-2014, JO 1402/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid, Ponente: DAVID PEREZ GARCIA-PATRON, Roj: SJPI 119/2014
- Sentencia nº 282/ 2014 de fecha 6-11-2014, JO 1286/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia, JUAN CARLOS MOMPO CASTAÑEDA, Roj: SJPI 133/2014
- Sentencia nº 125/2014 de fecha 11-11-2014 JO 446/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Avila, Ponente: MIGUEL ANGEL PEREZ MORENO, Roj : SJPII 67/2014)

QUINTO.- Al estimarse el recurso de apelación no ha lugar a efectuar expresa imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D.xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx contra el Auto de fecha quince de julio de dos mil catorce, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número Veintidós, en los Autos de Juicio Ordinario 180/14, revocándolo y acordando continuar la tramitación del procedimiento instado por el demandante contra Bankia S.A.. No se hace expresa imposición de costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Y, a su tiempo, con testimonio literal de la presente resolución, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, para constancia y ejecución de lo resuelto, llevándose otra certificación de la misma al rollo de su razón.

Así, lo acordamos, mandamos y firmamos.