



Roj: **SAP VA 237/2016 - ECLI:ES:APVA:2016:237**

Id Cendoj: **47186370032016100074**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **03/03/2016**

Nº de Recurso: **429/2015**

Nº de Resolución: **79/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00079/2016

RECURSO DE APELACION 429/2015

S E N T E N C I A Nº 79

ILMO. SR. MAGISTRADO

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

En Valladolid a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de JUICIO VERBAL 0000582 /2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000429 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANKIA SA, representado por el Procurador de los tribunales, D. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ, asistido por el Abogado D^a. MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ, y como parte apelada, Pedro Francisco , representado por el Procurador de los tribunales, D^a. TATIANA GONZALEZ RIOCEREZO, asistido por el Abogado D. MANUEL MORENO FERNANDEZ, sobre inexistencia y nulidad de contratos, siendo el Magistrado Ponente -constituido como órgano unipersonal el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 29 de Septiembre de 2015 , en el procedimiento JUICIO VERBAL 429/2015 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: " **Estimando sustancialmente la demanda** presentada por D. Pedro Francisco , representado por la Procuradora Sra. González Riocerezo contra la entidad BANKIA S.A., representada por el Procurador Sr. De la Santa Márquez:

-declaro la nulidad de la suscripción de acciones de BANKIA S.A. efectuada por la parte actora con efectos de 5 de julio de 2011, con restitución de prestaciones entre ambas partes, debiendo la demandada reintegrar a la parte actora la cantidad de **6.000 €** y los intereses legales desde la fecha de suscripción hasta la presente sentencia, devolviéndose a la demandada por la parte actora las acciones adquiridas, más los dividendos brutos en su caso obtenidos hasta la presente sentencia, y los intereses legales de estos últimos desde la fecha de su cobro por la parte actora hasta esta sentencia. La cantidad que resulte de todas esas operaciones, generará el interés legal incrementado en dos puntos a partir de sentencia.

Las costas se imponen a la demandada." Que ha sido recurrido por la parte BANKIA SA, habiéndose alegado por la contraria.



TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, quedando los autos conclusos pasaron al Magistrado Ponente para resolver el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La entidad BANKIA S.A. recurre en apelación contra la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta contra dicha mercantil por Don Pedro Francisco y declara la nulidad de la suscripción de acciones suscrita por la parte actora con efectos del día 5 de julio de 2011 con restitución de prestaciones entre ambas partes, debiendo la demandada reintegrar a la parte actora la cantidad de 6.000 Euros y los intereses legales desde la fecha de la suscripción, y la actora por su parte devolviendo a la demandada las acciones adquiridas más los dividendos brutos obtenidos más intereses legales de estos últimos desde la fecha de su cobro, imponiendo las costas a la parte demandada . Alega como motivos resumidamente; suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad penal ya que concurren todos los requisitos del artículo 40.4 de la LEC ; error judicial en la valoración de la prueba practicadas(particularmente informe emitido por los peritos del Banco de España en Diligencias Previas y aplicación del hecho notorio) ya que en contra de lo que concluye el juzgador, no hay ningún indicio probatorio que permita acreditar que la información facilitada por Bankia no reflejara la imagen fiel de la entidad: e inexistencia de vicio en el consentimiento prestado por la actora no concurrir los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para el error invalidante de dicho consentimiento, y máxime cuando el inversor en bolsa asume una serie de riesgos incluido el que la inversión no tenga un resultado beneficioso y arroje pérdidas y además a partir del 29 de mayo de 2012, publicadas por la entidad las nueva cuentas, la parte actora mantuvo libre y conscientemente las acciones asumiendo la evolución de su cotización por lo que su eventual error devino inexcusable Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Se opone a este recurso la parte demandante solicitando su desestimación e íntegra confirmación de la sentencia apelada

SEGUNDO.- Comenzando, como obliga la lógica resolutoria por la cuestión relativa a la prejudicialidad penal en la que la recurrente insiste en esta Alzada, la respuesta, la decisión a adoptar no puede ser distinta a la que ya ha venido adelantando esta misma Audiencia y Sección al resolver otros supuestos sustancialmente coincidentes con el presente,(p. sentencia de fecha de 27 de Octubre 2015 o la más reciente de 21 Enero de 2016) y ello , por más que estas resoluciones hayan sido dictadas por un órgano unipersonal de apelación, ya que, ante la previsible proliferación de procedimientos y por una elemental razón de congruencia y seguridad jurídica, dicha cuestión fue objeto de deliberación por todos los miembros integrantes de la Sala y expresa por ello el parecer común .

Rechazábamos entonces y lo hacemos nuevamente, la pretensión de suspender el procedimiento civil por causa de prejudicialidad penal, recordando que la exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil explicita el deseo del legislador sobre el criterio restrictivo con el que debe aplicarse la paralización del procedimiento civil por prejudicialidad penal, pues "...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." Y añadíamos, literalmente : "...en coherencia con tal exposición el artículo 40 de la LEC en orden a poder acordar la suspensión de las actuaciones del proceso civil ,requiere, no solo la existencia de causa criminal referente a los mismos hechos que se han de dirimir en el pleito civil, sino que además que éste no pueda ser resuelto sino en función de lo que se declare en aquella causa, consecuentemente, si en el pleito civil existen hechos y datos suficientes para la adecuada resolución del mismo y que pueden ser considerados y valorados con independencia de la calificación que se haga en la causa penal, no estaríamos ante una cuestión prejudicial penal" .

Y esto precisamente es lo que ocurre en el caso aquí planteado, pues puede este Tribunal Civil formar su convicción respecto a la existencia del vicio de consentimiento alegado por los demandantes como causa de nulidad del contrato de adquisición de acciones, sin necesidad de esperar al resultado del proceso penal que se sigue ante el Juzgado Central de Instrucción 4 y en el que lo investigado en esencia es una eventual falsificación de las cuentas de dicha entidad bancaria como medio para cometer otros delitos. Para poder estimar o desestimar la presente demanda, bastará con comprobar si la información sobre solvencia y resultados económicos/contables incluidos en el folleto de la oferta pública de suscripción y admisión a la negociación en Bolsa de las acciones emitidas por Bankia, cumplía o no con las exigencias legales (Art. 27 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y 16 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre , por el



que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988) y lo que es más relevante, si verdaderamente se correspondía o no con la situación real de Bankia a la fecha de tal Oferta Pública, abstracción hecha de que ese hecho acabe teniendo trascendencia penal porque se hubiera falsificado o manipulado determinados documentos o datos financieros o se hubieran llevado a cabo maquinaciones para engañar en el mercado o incurrido en administración desleal o en otra figura delictiva que es lo que en esa causa penal se pretende esclarecer".

Cabe señalar por último que el Pleno de la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo en las recientes Sentencias 23 y 24/2016, de 3 de febrero, ha resuelto dos recursos de Bankia contra la anulación de la adquisición de sus acciones con ocasión de la oferta pública de suscripción de 2011, y en relación con esta misma cuestión de la prejudicialidad penal, ha rechazado que la causa penal pendiente ante la Audiencia Nacional pueda paralizar las acciones individuales en vía civil. Partiendo de la doctrina elaborada sobre esta materia por nuestro Tribunal Constitucional explica que, aunque el tribunal penal no llegue a apreciar delito, el proceso civil no estaría condicionado por ello: la valoración probatoria y los principios que inspiran el proceso penal suponen unas exigencias diferentes de las del proceso civil, en que se ejercitan derechos privados. Los demandantes no deben soportar demoras excesivas por la previsible complejidad y duración del procedimiento penal, pues afectaría a su propio derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- Y por lo que se refiere a los motivos afectantes al fondo del asunto, no han de correr mejor suerte. Denuncia la recurrente en primer lugar la existencia de una errónea valoración judicial de las pruebas aportadas al procedimiento, particularmente en cuanto al informe pericial emitido por los peritos del Banco de España en Diligencias Previas y la aplicación, que considera indebida, del conocido como hecho notorio, y fundamentalmente por haber considerado probado, sin base para ello, que la entidad demandada, Bankia, salió a Bolsa publicitando una información financiera y contable de solvencia económica que no se correspondían con la realidad.

Basta sin embargo un nuevo y detenido examen del conjunto probatorio obrante en autos y la atenta lectura de las consideraciones tanto de hecho como de derecho que el Juzgador plasma y explica a lo largo del extenso fundamento primero de su sentencia, para sin mucho esfuerzo advertir que no incurre en ninguno de los errores de apreciación e infracciones denunciados por la recurrente.

Concluye resumidamente, que la Entidad demandada, con ocasión de su salida a Bolsa se presentó públicamente ante sus potenciales inversores, (entre estos la ahora demandante) ofreciendo una información financiera y contable inexacta y aparentando ser una entidad sólida y solvente con relevantes y consolidados beneficios situación que no se correspondía con la realidad. Y esta conclusión, lejos de poder ser tachada de infundada, arbitraria o gratuita, tiene un razonable y serio sustento probatorio, tanto en el contenido de la documentación aportada por ambas partes, como en la notoriedad y el conocimiento general y público de la sucesión de hechos en que se sustenta junto con la lógica presunción que cabe extraer de los mismos, a lo que aún cabría añadir, las valoraciones que de esa misma operación de Salida a Bolsa de Bankia han sido hecha por otras Audiencias Provinciales (p.e Burgos Secc. 3, y Valencia Sección 9 de 29 de diciembre de 2014 y 7 de enero de 2015, o Audiencia de Madrid Sección Novena de 8 de mayo de 2015) en sentencias cuyos razonamientos el Juzgador de instancia asume y transcribe, con buen criterio, por cuanto enjuician supuestos, cuya base fáctica y jurídica, es sustancialmente coincidente con el presente.

Refrendamos pues los fundamentos de la sentencia apelada e integramos los mismos en esta resolución, como técnica jurídica de motivación expresamente admitida por el Tribunal Constitucional (SSTC 171/2.002, de 30 de septiembre, y 223/2.003, de 15 de diciembre), y nos limitamos a reiterar las consideraciones que en contestación a similares motivos de recurso, contienen nuestras sentencias inicialmente citadas de esta misma Sección Tercera.

CUARTO. Así y para rebatir el denunciado error judicial en la valoración de la prueba, argumentábamos: "lo que realmente viene a combatir la recurrente, cuando denuncia error judicial en la valoración de las pruebas aportadas así como el indebido uso de las presunciones y el hecho notorio, es la deducción hecha por la que el Juzgador de instancia partiendo del hecho probado de la reformulación de las cuentas de Bankia verificada el 27 de mayo de 2012 por el nuevo Consejo de administración con pérdidas declaradas por importe de más de tres mil millones y petición de recapitalización, y por la que llega a la conclusión de que se ha producido una desviación o falta de veracidad en la situación financiera que de dicha entidad se describía en el folleto informativo de la oferta pública de suscripción de sus acciones. Presunción judicial que este tribunal considera plenamente correcta y justificada puesto que entre el hecho admitido y probado y el presunto o que se pretende deducir, existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano como señala el artículo 386.1 LEC.

Si como BANKIA, sostiene los datos facilitados al tiempo de la salida a Bolsa eran correctos y reflejaba una buena situación de la entidad que salía a cotización, implícitamente viene reconocer que no se facilitó



información suficiente de la que el inversor pudiera calibrar una evolución negativa y con la rapidez con que se produjo, pues no cuestiona que las cuentas anuales del ejercicio 2011 tuvieron que ser reformuladas, y ningún dato se ofrecía en el resumen del folleto que pudiera siquiera sugerir semejante evolución negativa. Por más que la reformulación de las cuentas del año 2011 y la intervención de BANKIA, en mayo de 2012, sean hechos posteriores a la Oferta Pública de Acciones, de julio de 2011, es de todo punto lógico inferir que en un plazo tan breve de apenas diez meses, no puede sobrevenir "ex novo" un quebranto financiero de tal magnitud, sino es porque el mismo ya estaba presente en dicha entidad, sino de forma plenamente conocida si al menos susceptible de serlo con empleo de una mínima o normal diligencia con la que sin duda se hubiera evitado ofrecer en el referido Folleto una publicidad e información que clarísimamente no se correspondía con la situación financiera real de la entidad emisora.

Insiste la recurrente en que el folleto en cuestión representaba la imagen fiel de la entidad y advertía expresamente de los riesgos que la misma soportaba en razón a su exposición en inversión inmobiliaria de modo que la radical y ulterior involución contable únicamente tendría su explicación en el agravamiento de la crisis económica global, y el hundimiento del mercado inmobiliario durante el segundo semestre del 2011 y la modificación del marco normativo que obligo a la entidad financiera a provisionar las pérdidas que podría generar una mayor morosidad hipotecaria unida a un descenso del precio de los inmuebles que servían de garantía y de los que constituía sus propios activos.

No son sin embargo argumentos serios y consistentes; el atinente a la insólita e imprevista evolución de los acontecimientos ocurridos desde la Oferta Pública hasta la reformulación de las cuentas por la sencilla razón de que no se ha justificado que el mercado inmobiliario hubiera sufrido un repentino o brusco y cambio de tendencia en el corto espacio de tiempo -apenas 10 meses- que va desde la publicación del folleto informativo hasta la reformulación de las cuentas, más bien al contrario, pues el importantísimo volumen de viviendas construidas o en construcción, el constante crecimiento del desempleo y sus consecuencias en el aumento de la morosidad y restricción de la demanda inmobiliaria eran fenómenos muy anteriores y bien conocidos por todos los ciudadanos, con mayor razón por tanto quien era experto financiero, Bankia su Consejo de Administración, con más y mejores elementos para un análisis más profundo de la situación y máxime cuando tiempo antes, diversos organismos internacionales venían alertando sobre el riesgo de una "burbuja inmobiliaria" y su posible estallido; y por lo que se refiere a la modificación de la normativa bancaria, porque dicha modificación, por la que se habría minorado los beneficios por un importe próximo a los cien millones de euros, a poco o nada tiene que ver con la drástica involución producida en tan solo 22 días, cuando de unos beneficios superiores a los 300 millones de euros según las cuentas presentadas por el Consejo de Administración Saliente el 4 de mayo de 2012, se pasó a aceptar que las pérdidas superaban los 3.000 millones de euros de modo que la entidad estaba abocada a la quiebra de no recibir la ingente, y urgente inyección de dinero público reclamada por el Consejo de Administración entrante."

En suma y como acertadamente concluye la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo Sec. 6 de 13 de Octubre de 2015, que recoge precedentes y razonamientos a los que nos adherimos, " ..la situación descrita en el folleto informativo distaba muy mucho de representar la imagen fiel de la empresa, por lo que sin prejuzgar si ello obedece error o al propósito deliberado de ofrecer una apariencia que favoreciera la captación de recursos ajenos; esa afirmación y circunstancias que precedieron a la suscripción de las acciones, resulta suficiente para apreciar la existencia de un error esencial y excusable invalidante del consentimiento prestado por los actores, que por ello han de ver prosperar la acción de nulidad por esta causa, invocada como principal en su demanda ".

QUINTO Y por lo que se refiere a la alegada inexistencia de vicio en el consentimiento prestado por la parte actora, añadíamos: "sobre el carácter esencial y excusable del error padecido no cabe tampoco albergar duda ninguna, pues no es la complejidad del producto el fundamento de la nulidad que establece, sino la forma en que se produjo la oferta y la comercialización de la suscripción de las acciones y el déficit informativo en que se incurrió en ese momento inicial, transmitiendo a los pequeños inversores una información e imagen de solvencia de la entidad emisora que no se correspondía con la realidad. Y ni que decir tiene la absoluta importancia que dicha información tiene para cualquier inverso **consumidor** pues precisamente de la solvencia y expectativas de negocio de la compañía emisora depende el derecho al dividendo y también la plusvalía que pudiera obtener al tiempo de una futura venta del título, por mucho que ni uno ni otro estuvieran garantizados. No en vano la regulación de la oferta Pública de venta o suscripción valores es un proceso reglado en el artículo 27 de la Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores conforme al cual el emisor viene obligado a publicar 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, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.



Consecuentemente, resulta fácil concluir, que una información inveraz o simplemente sesgada e incompleta de la sociedad emisora es razón más que suficiente para que el inversor común que no dispusiera de fuentes de información propia y contrastada se hiciera una representación equivocada sobre una cualidad absolutamente esencial del objeto del contrato como es el valor real de la acción que adquiere. Y pocas cosas pueden ser más ilustrativas a este respecto que la voluntaria reformulación de cuentas del ejercicio siguiente, una vez auditada convenientemente la contabilidad de la apelante con el resultado de la obligada intervención del FROB, la reducción del valor nominal de la acción que pasó de dos euros a un céntimo y la caída en picado de la cotización".

En contra de lo que interesadamente interpreta la recurrente, el hecho de que los actores, cuya condición de inversores no profesionales no es discutida, no hubieran vendido las acciones inmediatamente después de la reformulación de cuentas publicadas por la entidad emisora en mayo de 2012, (lo hacen un año después) no rompe la relación causal con el error padecido por aquellos a causa de la información ,irreal e inexacta suministrada por Folleto de emisión, ni hace vencible e inexcusable el error padecido.

Cabe señalar por último , volviendo a las recientes sentencias del Pleno de la Sala Primera TS antes referenciadas, que en ellas sustancialmente se ha venido refrendar la valoración probatoria y las conclusiones jurídicas anteriormente expuestas, razonando, en referencia concreta a los inversores no profesionales (es el caso) entre otras cosas; "Lo determinante es que los adquirentes de las acciones ofertadas por el banco... .. se hacen una representación equivocada de su inversión y se encuentran con que realmente han adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario se afirmaba la existencia de beneficios) y que tiene que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia; de donde proviene su error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento...".

SEXTO. Desestimo por todo lo expuesto el presente recurso de apelación y confirmo la sentencia de instancia imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta alzada, en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 394 y 398 de la LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

DESESTIMO el recurso de apelación interpuesto contra la *sentencia dictada con fecha 29 de Septiembre de 2015 en el procedimiento de Juicio Verbal seguido con el número 582/2.015-G ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valladolid* , y CONFIRMO dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales del recurso.

Acuerdo la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el desti **no** previsto en dicha disposición.