

JORGE VICO SANZ
Procurador de los Tribunales
Colegiado nº 625
Tel. 625692152
Tel y Fax: 96 395 59 25
Mail: jorgevicoprocurador@icpv.com

NOTIFICADO AL
PROCURADOR EL 5 DE
NOVIEMBRE DE 2015

Rollo nº 000431/2015
Sección Séptima

SENTENCIA Nº 280

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilustrísima Señora Magistrada Presidenta:
DOÑA MARÍA IBÁÑEZ SOLAZ.

En la Ciudad de Valencia, a dos de noviembre de dos mil quince.

Vistos, por la Ilma. Sra. **DOÑA MARÍA IBÁÑEZ SOLAZ** Magistrada de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Verbal - 001575/2014, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 27 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandada - apelante/s BANKIA SA, dirigido por el/la letrado/a D/D^a SAMUEL TRONCHONI RAMOS y representado por el/la Procurador/a D/D^a ELENA GIL BAYO, y de otra como demandante - apelado/s [REDACTED], dirigido por el/la letrado/a D/D^a. EVA MARÍA RUIZ CORDOBA y representado por el/la Procurador/a D/D^a JORGE VICO SANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 27 DE VALENCIA, con fecha 14 de abril de 2015, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "*FALLO: Que estimo la demanda formulada por el Procurador D. Jorge Vico Sanz en nombre y representación de [REDACTED] contra Bankia S.A. y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de la suscripción por parte del actor de la compra de acciones de Bankia, y procede condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de 6.000€ más los intereses legales desde la fecha de suscripción y deberá el actor reintegrar los valores con los rendimientos en su caso obtenidos con sus intereses legales y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.*"

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte

demandada se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 21 de octubre de 2015 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El presente recurso se formula por la parte demandada BANKIA S.A, contra la sentencia que estimó la demanda de juicio verbal interpuesta por [REDACTED] declarando la nulidad por mediar error esencial relevante y excusable en el consentimiento del contrato de adquisición de acciones de Bankia de fecha 19-7-2011 por importe de 6.000 €, condenando a la demandada a la devolución de lo reclamado más los intereses legales con devolución por los demandantes de los títulos suscritos.

Se basa el recurso en lo siguiente:

1.-Vulneración del art. 217 de la LEC sobre carga de la prueba al imputar a la demandada las consecuencias de la falta de acreditación de la veracidad de la información económica incorporada al folleto y de la existencia de error en el consentimiento, vulnerando de los arts. 1.265 y 1.266 del CC por no existir prueba del error apreciado en la sentencia.

2.- Vulneración del art.209.3 de la LEC en relación con el 24 de la CE por incongruencia y falta de motivación al aplicar el criterio seguido en la transcripción de resoluciones dictadas en otros procesos, que además de no ser idénticos no son firmes.

3.-Subsidiariamente a la desestimación de la demanda que derivaría de acoger los anteriores motivos y de entender que hubo información falsa, se debería apreciar prejudicialidad y suspender el curso de las actuaciones hasta que se resolviese la vía penal existente sobre la cuestión.

La parte actora se opuso al recurso se opuso al recurso por los fundamentos contrarios y por los propios de la sentencia.

SEGUNDO.-Sobre las infracciones de los principios de la carga de la prueba. Esta Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las mismas cuestiones ahora planteadas en sentencia nº 167 dictada en RAC 212/2015 (ponente Sra. Cerdán Villalba), sentencia nº 168 dictada en RAC 273/2015 de fecha 23-6-2015 (ponente Sra. Cerdán Villalba), sentencia nº 205 dictada en RAC 304/2015 (ponente Sra. Ibáñez Solaz), así como en Auto nº 217/2014 de

fecha 12-2-2014 dictado en el Rollo 496/2014 (ponente Sra. Ibáñez Solaz). Por ello seguimos el mismo criterio que mantenemos en estas resoluciones.

Y así sobre la carga de la prueba el Art. 217 de la LEC, su apartado 1 dice que cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones en su apartado 2 impone al actor la prueba de la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconvención, y al demandado en éstas la de los que impidan extingan o enerven la eficacia de los primeros, y su apartado 6 señala que la regla general de su nº 1 no impide que el Tribunal tenga en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio.

Sobre esta facilidad probatoria es reiterada jurisprudencia del TS que considera que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adoptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 1994 EDJ 1994/1077, 30 de julio de 1999 EDJ 1999/18417 y 17 de octubre de 2002); y el Tribunal Constitucional, en sentencia número 227/1991 (EDJ 1991/11318), ha declarado que, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la CE) conlleva a que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad; igualmente, en SSTC números 98/1987 (EDJ 1987/97) y 14/1992 (EDJ 1992/1213), afirma que los Tribunales no pueden exigir a ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 de la CC, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa; y, finalmente, aparte de otras, en SSTC de 17 de enero de 1994 (EDJ 1994/152), 17 de julio de 1995 (EDJ 1995/3564), 28 de febrero de 1997 y 26 de julio de 1999, ha sentado que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza.

La carga de la prueba en relación con el caso que nos ocupa según nuestro criterio señalado en las sentencias que al principio se citaron es que la carga

de la prueba en relación con las cuestiones sobre el vicio del consentimiento y el cumplimiento del deber de información que tienen las entidades que actúan en el mercado de valores, corresponde a las mismas cuando son demandadas. Así se desprende de la STS de fecha 7-7-2014, nº 385/2014, rec. 1520/2012, Pte: Marín Castán, Francisco (ROJ: STS 2660:2014, ECLI: ES:TS:2014: 2660) cuando dice:

"CUARTO.- La doctrina fijada por esta Sala en la STS num. 840/2013 , en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 - es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación litigiosa (el 6 de junio de 2008), por lo que deben ser rechazadas, ya desde este momento, las alegaciones del motivo primero sobre la inaplicación al caso de esas normas por razones de vigencia. La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 (no la disposición final primera como erróneamente aduce el banco recurrente) estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007; no se contempla en esa norma, en contra de lo que se interpreta por el banco recurrente, la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia.

*Según declaró esta Sala en la STS num. 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS num. 244/2013 , también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso num. 1979/2011 , en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre *el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento.**

De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los

concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) , conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público ".

Además, en la STS num. 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo del 72 del RD 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista, en la STS num. 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.*
- 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.*
- 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los*

riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."

Desde esta perspectiva, la demandada en ningún momento ha probado su actuación correcta y adecuada a la legalidad de informar debidamente al demandante y comprador y que emitiese un folleto informativo veraz en su proceso de salida a bolsa cumpliendo los estándares legales, por lo que cabe concluir que existió error en el consentimiento provocado por la entidad bancaria demandada.

El demandante Sr. Calvo Alegre, acudió un día a su oficina de Bancaja, donde empleados de la demandada le ofrecieron la compra de acciones de Bankia como oportunidad de invertir con importantes beneficios en la entidad más solvente de España y una de las mejores de Europa, adquiriendo 1.600 acciones. Lo único que se le entregó fue un tríptico sobre la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia, con letra pequeña, farragoso y difícil de entender sin los necesarios conocimientos financieros y bursátiles que además se basa en informaciones económicas incorrectas; y un "boletín del accionista" del cuarto trimestre de 2011 sobre los resultados económicos de la entidad, que no eran los correctos, tal como luego resultó, sin que existiese pues ningún error en la aplicación de los arts.1.265 y 1.266 del CC, respecto al evidente error padecido e inducido por la demandada provocando el engaño del demandante.

Y sobre la conducta de la demandada en su actuar nos remitimos al criterio expuesto en la sentencia dictada por la Sec. 9ª, N° de Recurso: 751/2014, N° de Resolución: 381/2014 de 29/12/2014, Ponente: GONZALO MARÍA CARUANA FONT DE MORA (EDJ 2014/229294 SAP Valencia de 29

diciembre 2014) que en sus Fundamentos y en lo que es objeto de este recurso señala :

"FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- Claudio y Claudia plantearon demanda contra Bankia SA solicitando la nulidad del negocio jurídico de adquisición de unas participaciones preferentes por importe de 7.800 euros, canjeadas con posterioridad por unas acciones de Bankia y en la adquisición -en fecha de 19/7/2011- de unas acciones emitidas por la demandada por importe de 4.425 euros por concurrir vicio de error y/o dolo en la prestación del consentimiento.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia estimó la nulidad de las órdenes de compra de las participaciones preferentes y su canje posterior, si bien desestimó la pretensión anulatoria de la adquisición de las acciones al no concurrir error y dolo en la prestación del consentimiento por ser un instrumento financiero no complejo; estar negociadas en un mercado regulado con un funcionamiento y riesgos propios sobradamente conocidos; no acreditarse que la información suministrada fuera inadecuada e incorrecta y que, aún en este último caso, ello no sería objeto del presente procedimiento.

Se interpone recurso de apelación por la parte demandante, ceñido exclusivamente al pronunciamiento desestimatorio respecto a la adquisición de las acciones, invocando, en esencia y sumario, el error de valoración de la prueba sobre la información facilitada por Bankia SA y concurrir los requisitos para apreciar el error y dolo como vicios en el consentimiento, solicitando la revocación parcial de la sentencia y que este Tribunal declare la nulidad del contrato de adquisición de las acciones efectuada en fecha de 19/7/2011 y la declaración de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones, condenando a Bankia SA a devolver a los actores 4.425 euros en concepto de principal más los intereses legales devengados desde la fecha de formalización del contrato; Subsidiariamente, con revocación parcial de la sentencia se pide al Tribunal declare la obligación de Bankia SA de indemnizar a los actores en la cuantía de 4.425 euros en cumplimiento de lo establecido en el artículo 36 del RD 1310/2005 y artículos 10, 17 y 19 del RD 1362/2007 en relación con el artículo 28 de la Ley Mercado de Valores, en relación con el artículo 1101 del Código Civil más los intereses legales que correspondan.

La parte demandada apelada opuso que la acción de nulidad por vicio del consentimiento en la adquisición de las acciones de Bankia SA, no había sido planteada por los actores, no pudiendo ser -ahora- tema del recurso de apelación, por lo que resultaba improcedente la petición subsidiaria; en cuanto al error denunciado, oponía haber prestado Bankia toda la información necesaria para que los actores emitieran un consentimiento válido, conociendo los actores el significado y funcionamiento de las acciones; habiéndose confeccionado e inscrito el Folleto informativo en el que se describen las principales características de la oferta pública de suscripción; no concurrir los requisitos del dolo que además no han sido acreditados por la parte contraria, interesando la confirmación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia.

SEGUNDO.- El valor negociable suscrito. Normativa aplicable y deber de información.

El producto financiero suscrito por los actores son acciones, instrumentos de inversión regulados en la Ley de Mercado de Valores de 1988 que expresamente en su artículo 2 las menciona como objeto de su aplicación. La normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual es, la protección del inversor, al estar ante un mercado de

negociación de títulos de riesgo, y las acciones, como valor representativo de parte del capital social de una entidad mercantil, son producto de riesgo. Tal fundamento legal tiene su reflejo más inmediato y trascendente en el principio de información, esencial para un mercado seguro y eficiente, significativo de que las decisiones inversoras se tomen con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos.

En el caso presente, es de resaltar por su gran relevancia y trascendencia solutiva, que nos encontramos ante una Oferta Pública de Suscripción (OPS) y Admisión a Negociación de Acciones, definida en el artículo 30 bis de la Ley Mercado de Valores, (".. toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores "). El legislador impone para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas, un deber específico y especial de información, regulado de forma exhaustiva, cual es, la publicación de un "folleto informativo", confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, al caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción (artículo 30-2). Por consiguiente, el folleto informativo se revela como un deber esencial constituyendo el instrumento necesario e imperativo por el cual el inversor va a tener y conocer los elementos de juicio, necesarios y suficientes, para decidir la suscripción de tales acciones.

Estando a la redacción vigente cuando se emiten las nuevas acciones por Bankia SA objeto de oferta pública (Junio 2011), tanto del artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del RD 2010/2005 de 4 de noviembre de 2005 que desarrolla dicha Ley, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción, fijan el contenido del folleto informativo en armonía con la Directiva 2003/71 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2001/34 (Directiva del folleto). De este cuerpo legal, destacamos ahora por su pertinencia, como elemento primario y relevante objeto de esa "información suficiente" a dar al público, los riesgos del emisor, explicitados en los " activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor" (artículo 27-1); con ello, el fin no es otro que el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente (artículo 16 y 17 del RD 2010/2005) y la citada Directiva 2003/71 regla tal deber como información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación con la suficiente información de los activos y pasivos, situación financiera, beneficios y pérdidas (artículo 6 de la mentada Directiva) del emisor.

Además, el inversor tiene la garantía jurídica y confianza -dado que esos datos del folleto son confeccionados por el emisor- que un organismo de supervisión, control y regulador del mercado de valores, ha verificado la aportación instrumental (cuentas contables) de la sociedad emisora y que el contenido del folleto es acorde y coherente con las mismas y que va ser comprendido y entendido de forma accesible por el inversor y sólo con su aprobación puede autorizarse dicha emisión de oferta pública.

En tal tesitura y con esas directrices legales, resulta evidente que los datos económico financieros del emisor deben ser reales, veraces, objetivos y actualizados y la propia ley del Mercado de Valores fija en su artículo 28 la responsabilidad por la información del folleto y obliga al autor del folleto informativo (artículo 28-2) a declarar que -a su entender- los

datos son conformes a la realidad y no se omiten hechos que "por su naturaleza pudiera alterar su alcance", fijando el artículo 28-3 (desarrollado en el artículo 36 del RD 1310/2005) una responsabilidad específica por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, como consecuencia de que las informaciones explicitadas en el folleto sean falsas o por omisiones de datos relevantes del folleto, atribuible a los firmantes del folleto, sus garantes, emisores y sus administradores, no siendo ésta la acción entablada en la demanda iniciadora al actual procedimiento, sino que es la de nulidad contractual por vicio estructural (artículos 1265, 1266 y 1300 Código Civil) no excluida ni eliminada, obviamente, en el texto normativo referenciado, pues al fin y al cabo, la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato y en especial consideración a los que validan la emisión del consentimiento como elemento esencial de su perfeccionamiento.

Por último, para culminar este fundamento, es de precisar, que la acción como instrumento financiero no es un producto de inversión complejo -como certeramente califica la sentencia de instancia-, por tanto, ya en su suscripción (mercado primario) ya en su compra (mercado secundario), no son necesarias las exigencias informativas de mayor rigor y nivel que la Ley del Mercado de Valores impone para productos complejos; en concreto, ante las alegaciones de los demandantes apelantes, no resulta preceptiva la necesidad de practicar un test de conveniencia, excluido expresamente por el legislador, como así fija expresamente el artículo 79 bis 8 de la mentada Ley, recogiendo las directrices de la Directiva 2006/73. La clara razón o fundamento de ello es que son productos fácilmente liquidables a precios públicamente disponibles, evaluados por un sistema independiente al emisor y, además, productos medianamente comprendidos en sus características por los inversores. La carencia de relación contractual entre litigantes de un contrato de gestión de cartera o de asesoramiento en materia de inversiones, excluye, igualmente, la necesidad de la práctica del test de idoneidad.

TERCERO.- Clase de acción ejercitada y valoración de la sentencia recurrida.

En la alzada, la parte demandante-recurrente se ciñe, lógicamente, en atención al gravamen que le implica la sentencia recurrida, a la acción de nulidad por error y/o dolo como vicios en la prestación del consentimiento, apartando del proceso la acción de resolución de contrato con daños y perjuicios. Pero, introduce de forma subsidiaria una acción de daños y perjuicios fundada en el artículo 28 de la Ley Mercado de Valores con su desarrollo en el artículo 36 del RD 1310/2005 , no entablada -observado su escrito rector- con la demanda, es más, el pliego inicial guarda completo silencio de esos preceptos legales, invocando en este punto y de forma exclusiva el artículo 1101 del Código Civil (no obstante el suplico subsidiario es una acción de resolución de contrato con daños y perjuicios). La Sala ya adelanta que no examinará dicha acción ni aún de forma subsidiaria dada la mutación que se hace de la demanda, introduciendo una acción especial y específica de responsabilidad civil, no deducida en la demanda, conducta procesal proscrita por el artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

La parte apelada denuncia en el inicio de su oposición en esta alzada que la nulidad de la adquisición de acciones no está entablada con la demanda, dado el contenido del primer apartado del suplico al no mencionar la compra de acciones y como tal acción no se planteó no puede -bajo los parámetros legales de congruencia y rogación- ser objeto del recurso de apelación.

Tal defensa no puede ser estimada al basarse en un rigor literal absolutamente desproporcionado con la pretensión que se persigue y sería vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución Española) y contrario al mandato del artículo 11

de la Ley Orgánica del Poder Judicial , más cuando es una denuncia que la parte demandada no hizo en la instancia pues irrumpe novedosamente para la presente alzada.

Si bien, ciertamente, el primer apartado del suplico de la demanda a la hora de interesar la nulidad/anulabilidad de las órdenes de adquisición de los productos financieros se refiere a las participaciones preferentes y se omite la designa a las acciones, resulta evidente dado el contenido de la demanda que dicha acción también se entablaba y abarcaba la suscripción de las acciones, como implícitamente está inmersa en el apartado segundo del suplico de la demanda en que se solicita la condena a Bankia SA, consecuencia de la nulidad contractual, a la devolución a los actores de 12.225 euros (que es la cantidad total invertida en las participaciones preferentes y acciones). La nulidad de la adquisición de las acciones ha sido tratada en el proceso, fue objeto expreso de contestación a la demanda (así explicitado en las páginas 21-23 y 29 de tal escrito de la demandada), y, además, vistos los soportes de grabación, nada adujo la demandada en este punto en la audiencia previa, donde se propusieron y admitieron pruebas relacionadas con la adquisición de las acciones con su práctica en el acto del juicio y tema objeto expreso de las conclusiones de la parte demandante y ha tenido respuesta en la sentencia, tanto en su motivación como en el fallo, no siendo admisible, por incomprensible, a esta altura del proceso invocar que esa acción no está deducida.

Debe reseñarse por su trascendencia que el error estructural del contrato se invocó en que el deber de información prestado por la demandada no fue adecuado porque la contenida en el Folleto informativo era inexacta y no real, aportando como soporte de tal aseveración una prueba pericial (Doc. 12 de la demanda emitido por los economistas Joaquina y Cesáreo, interviniendo este último en el acto del juicio), explicitando que la emisión de acciones se informa respecto a una sociedad solvente y con beneficios y resultaba por su propias cuentas que era una sociedad con pérdidas.

La Sala, en tal tesitura, tras el preceptivo juicio revisorio (artículo 456-1 Ley Enjuiciamiento Civil), no encuentra ajustada a derecho la motivación de la sentencia recurrida (FD. NOVENO), no comparte la misma y además aprecia un claro error en la valoración probatoria. Ello por las siguientes razones;

1º) Es evidente que como norma general en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una "acción" de una sociedad anónima (hecho no desconocido por los actores, al contrario, admitido por la parte apelante), su riesgo y el modo de fluctuar su valor -volátil a tenor del precio fijado por el propio mercado-, pero fácilmente accesible; pero todo ello no resta a que la información del folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública que es el caso presente, es un dato fáctico transcendental y debe ostentar los requisitos fijados supra. y esto precisamente es obviado por la Juez de Instancia, cuya motivación tendría cabal sentido en la compra de acciones emitidas y cotizadas en el mercado secundario que no es el supuesto que se somete a consideración en el presente procedimiento.

2º) Que el proceso de salida a emisión y suscripción pública de nuevas acciones, esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público (CNMV), en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el folleto (confeccionado -es de advertir- por el emisor y no audita ni controla dicha Comisión) sean veraces, correctos o reales. El mentado organismo supervisa que se aporta la documentación e información exigida para dicha oferta pública, pero en modo alguno controla la veracidad intrínseca de la información económico contable aportada por el emisor, conforme al artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores.

3º) *El reproche de la sentencia del Juzgado Primera Instancia a los actores sobre haber adoptado una mayor diligencia, no resulta admisible, dado encontrarnos ante la suscripción de emisión de acciones nuevas por oferta pública, donde se divulga un folleto informativo con unos datos esenciales sobre la situación financiera y riesgos de la emisora, sin que sea exigible de manera alguna la labor de investigación o comprobación de tales datos, como premisa para posteriormente decidir si se invierte o no; pues, caso contrario, estaríamos dando prevalencia a una desconfianza en el propio sistema, totalmente contrario, precisamente, a todo el proceso de control y supervisión fijado por la Ley, generador de la confianza y seguridad jurídica en el inversor.*

4º) *Que la información económico financiera real y verdadera de la emisora y por tanto la imagen económica y solvencia real, no fuese la informada en el folleto de la oferta pública de suscripción, no puede ser ajeno a este proceso dada la acción de nulidad entablada desde la óptica del error como vicio en el consentimiento. Estando en contratos de inversión y en concreto de suscripción de nuevas acciones de las sociedades anónimas, donde el beneficio que se espera o desea obtener, por norma general, es el rendimiento o dividendo, resulta obvio no ser ajeno a dicho deseo o causa, que tal sociedad emisora obtenga beneficios que motivan tal rendimiento a que esté en pérdidas que excluyen el mismo.*

5º) *La afirmación de la sentencia recurrida de que no se acredita que la información otorgada no fue correcta y adecuada, es claramente errónea, no apreciándose de forma correcta el resultado probatorio que precisamente demuestra lo contrario como a continuación se pasa a exponer.*

CUARTO.- La corrección, exactitud y veracidad del contenido del folleto de emisión de la oferta pública de suscripción de las acciones de Bankia SA.

El Tribunal debe poner de manifiesto, de entrada, como viene reiterando de forma continuada, que el cumplimiento del deber de información corresponde acreditarlo a la parte demandada, mas cuando el mismo está regulado legalmente y la acreditación del error como vicio en el consentimiento corresponde a quien insta la nulidad del contrato.

Si bien no consta aportado a autos el folleto de la emisión de las nuevas acciones de Bankia SA (aún no desconociendo la Sala su registro público y acceso al mismo), con la demanda se aporta un informe pericial referido supra, al que la Sala otorga plena validez probatoria conforme al artículo 348 de la Ley Procesal civil , habiendo los peritos examinado las cuentas sociales auditadas, aprobadas y depositadas de Bankia SA del ejercicio 2011,- en concreto la cuenta de resultados de dicho ejercicio- y comparan con los datos informativos del resumen-folleto, concluyendo con la sustancial diferencia entre los beneficios publicitados en el folleto (309 millones de beneficios) frente a lo que se consignan en las cuentas anuales (3.030 millones de pérdidas reales), datos fácticos, por otra parte, no discutidos por la entidad demandada. Además, el autor (Cesáreo) de tal dictamen pericial intervino en el acto del juicio poniendo de manifiesto a tenor de esos datos la ocultación en el mentado folleto de las pérdidas reales efectivas de la entidad Bankia SA.

Debe este Tribunal resaltar que estamos ante el mismo y único ejercicio social, 2011, de Bankia SA y el folleto está registrado y publicitado a mediados de 2011 y el resultado final contable auditado de ese ejercicio, aprobado definitivamente y depositado públicamente, es radical, absoluta y completamente diferente y diverso de lo informado y divulgado en el folleto. Con estos datos objetivos, junto con la pericial comentada y valorada, es evidente la enorme y sustancial disparidad en los beneficios y pérdidas reales dentro del mismo ejercicio (con una mera diferencia semestral) revelador, dadas las cuentas auditadas y aprobadas, que la sociedad emisora se encontraba en situación de graves pérdidas, hasta el punto, por ser un hecho notorio (artículo 281-4 Ley Enjuiciamiento Civil)-por conocimiento absoluto y

general- que la entidad demandada solicitó, pocos meses después de tal emisión, la intervención pública con una inyección de una más que relevante cantidad de capital, so pena, de entrar en concurso de acreedores. Por consiguiente, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2011, determinan que la situación financiera narrada en el folleto informativo y las perspectivas del emisor, no fueron reales, no reflejaban ni la imagen de solvencia publicitada y divulgada, ni la situación económico financiera real, y en todo caso, dados esos dos datos objetivos incontestes y la pericial practicada, demostrativos, en resumen, de la incorrección e inveracidad, amen de omisión, de la información del folleto en tales datos, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado no impugnar esos datos objetivos) que a época de oferta pública los datos publicitados eran correctos y reales, extremo no ocuriente. Evidente es que no basta -como alega y pretende la demandada- cumplir con la información dispuesta de forma regulada, sino que el contenido de la misma debe ser veraz, objetivo y fidedigno y ello respecto a los beneficios y pérdidas de Bankia se ha demostrado que lo informado no era real.

La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores. No establece la Directiva 2003/71 del folleto, -fuera de la orden de su artículo 25 en la imposición de las sanciones y medidas administrativas apropiadas -, el régimen de responsabilidad civil por esa vulneración, dejándola a la regulación del derecho interno de cada estado miembro (así además declarado en la sentencia del TJUE de 19/12/2013 -Sala Segunda- asunto Inmofinanz AG, C-174/2912 sobre un caso de adquisición de acciones de una sociedad con vulneración de tal Directiva) y por ello concluye que no es contrario a la Directiva 2003/71/CE (y otras), una normativa nacional que en la transposición de la misma: ".. establece la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad por incumplir las obligaciones de información previstas por estas Directivas y, por otra parte, obliga, como consecuencia de esa responsabilidad, a la sociedad de que se trata a reembolsar al adquirente el importe correspondiente al precio de adquisición de las acciones y a hacerse cargo de las mismas". Por consiguiente, como se ha expuesto supra, frente a la acción específica de daños y perjuicios, fijada en el artículo 28-2 de la Ley del Mercado de Valores, nada empece a que tal vulneración pueda sustentar una acción como la presente de nulidad por vicio del consentimiento con la restitución de las prestaciones sustentada en la normativa del Código Civil , en cuanto integre los requisitos propios de la misma.

A los efectos de la acción ahora entablada, nulidad por error en el consentimiento, no se exige, la premisa de sentarse una falsedad documental o conducta falsaria por la emisora o sus administradores, pues para la protección del inversor, en esta sede civil, a tenor de la normativa expuesta, basta con que los datos inveraces u omitidos en el folleto, determinantes de la imagen de solvencia y económico-financiera de la sociedad, hubiesen sido esenciales y relevantes para la perfección contractual.

QUINTO.- El error esencial como vicio del consentimiento y motivo de nulidad del contrato.

En la aplicación del artículo 1265 y 1266 del Código Civil , reguladores del error como vicio del consentimiento contractual, el Tribunal Supremo, en su exégesis ha establecido como muestra la sentencia de 21/11/2012 dictada en productos de inversión, Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996 de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada

o errónea

Complementan dicha sentencia a la que también citan, las sentencias del Alto Tribunal de 29/10/2013 y 20/1/2014 explicitando; El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

En cuanto a los requisitos para que estemos en el vicio estructural las mentadas sentencias lo resumen en Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Teniendo presente tal doctrina legal y jurisprudencial, aplicada al supuesto de hecho que enjuiciamos, concurren, todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio estructural del negocio de suscripción de las acciones. No se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, siendo relevante y esencial, por las siguientes consideraciones;

1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-mil millones.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde

prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Por las consideraciones expuestas, la aplicación del artículo 1265 y 1266 en relación con el artículo 1300 del Código Civil , conlleva a estimar la acción de nulidad planteada sobre las acciones adquiridas en fecha de 19/7/2011, resultando innecesario analizar la concurrencia del dolo contractual.

SEXTO.- Efectos de la nulidad de la suscripción de acciones de la sociedad anónima demandada.

Dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil , debiendo el actor devolver a Bankia SA las acciones suscritas (efecto amparado por el TJUE en la sentencia de 19/12/2013 mentada supra, pues al igual que en tal caso, estamos ante un contrato de inversión como previo al de adquisición de la cualidad de accionista) y Bankia deberá devolver a los actores el importe de la suscripción más los intereses legales."

CUARTO.-Sobre la incongruencia y falta de motivación al aplicar el criterio seguido en la transcripción de resoluciones dictadas en otros procesos, que además de no ser idénticos no son firmes, diremos que reiterada Jurisprudencia (STS de 31-5-01 y 27-9-01), viene a establecer que la misma se produce por alteración de la "causa petendi", por apreciación de una excepción determinante del fallo no alegada y no apreciable de oficio, o por rebasar los límites del principio "iura novit curia", sin que quepa confundir aquélla con la falta de motivación, o motivación defectuosa, y que la misma se da cuando en el Fallo se otorga algo distinto de lo pedido en el suplico de la demanda.

Al igual nuestra jurisprudencia señala (STS de 14-2-00) que no es necesaria la ordenación sistemática de los hechos si éstos resultan con claridad de la sentencia impugnada, aún explicitados en los fundamentos de Derecho. La motivación de la sentencia no puede confundirse, además, con la ubicación, dentro de la sentencia, de los hechos probados o inferidos como probados, sino con la explicación razonable de las decisiones que se adoptan tanto respecto de la valoración de la prueba como de las normas que se aplican, sin que sea precisa una exhaustividad en la consideración de todo el material instructorio, cuando de las propias premisas que orientan el fallo la dicha tarea resulta inútil, por inconducente, con el caso debatido.

Por su parte la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias de 14-6-99 y 4-12-97), establece que la incongruencia que determina indefensión es causa de nulidad de la sentencia que incurrió en la misma y de amparo por el Tribunal, que se incluye en dicho vicio tanto la "extra petita" como la "ultra petita" como la incongruencia omisiva, que no debe confundirse con la

desestimación tácita ni la implícita, y que tal indefensión se produce sólo con que la incongruencia constitucionalmente relevante, la, que altera totalmente los términos del debate procesal, sea sorpresiva, se produzca en condiciones tales que impida alegaciones al respecto por las partes.

Como normas afectantes a este vicio procesal cabe citar el Artículo 209 de la LEC sobre :

"Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias. Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas: 1.ª En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio. 2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso. 3.ª En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. 4.ª El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley".

Su Artículo 216 sobre el principio de justicia rogada, que dice:

"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Y el art. 218 sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias y su motivación que dice:

"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".

La STS sala 1ª, S 20-5-2013, nº 320/2013, rec. 801/2011, Pte: Sancho Gargallo, Ignacio (ROJ: STS 2713: 2013, ECLI: ES:TS:2013:2713) dice sobre la incongruencia y la motivación por remisión:

"No ha existido falta de motivación, a tenor de la doctrina constitucional. El Tribunal Constitucional "ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión " (SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo).

En nuestro caso, al margen de que el recurrente esté o no de acuerdo con el contenido de la decisión de la sentencia, el juzgador ha justificado plenamente cual es su criterio frente a la cuestión controvertida remitiéndose a criterios que se contienen en otras sentencias que cita y que el mismo comparte, por lo que en el marco de la doctrina constitucional expuesta, no exigiéndose ni imponiéndose una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que sea escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución, cabe entender que la sentencia dictada ni es incongruente ni adolece de falta de motivación.

QUINTO.-Sobre la prejudicialidad penal. En el Auto n.º 217 dijimos y ahora reiteramos:

"PRIMERO.- A) La parte actora ejercita la acción de nulidad contractual(art. 1300 CC) por dolo o alternativamente 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 n.º NUM000 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 SA. y el Banco Financiero y de Ahorro SA;(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 SA. 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 Previa nº 59/2012 (doc. 7)

informe de Auditoria de Deloitte SL. 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 Invertía. com (doc. 9); reclamación extrajudicial (doc. 10)

comunicación del Servicio de Atención al cliente (doc. 11).

B) Por su parte, la demandada, Bankia SA, 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 Previa 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 instala 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 Lecrím y 40.4 de la Lee 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 querrela 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 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 concurren las siguientes circunstancias:

1º 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.

2º 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, ajuicio 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 alzarán 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 Ley 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 querrelas 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 de! 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:

concurra 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 1º de 30 mayo 2007, EDJ 2007/70090

" El art. 362 LEC RDL 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 abril 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 va 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 indiciado, 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 Lee 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 FJ. 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 BFÁ 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 SA, (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 L 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 3.442 millones de euros.

4º.-Ese mismo día, 20-7-2011 el presidente de Bankia , Sr. Alejo, 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 Alejo 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, SA, 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 si FROB con el objetivo de estabilizarlo y recapitalizarlo y hacer posible una posterior enajenación a otra entidad mediante un proceso competitivo.

6. 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 necesidad 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 si 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. Isaac, reiterando la confianza en la fortaleza de la entidad.

10º Dos días después, el día 9-5-2012, ya nombrado D. Isaac, 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 querrela frente a la mercantil Bankia SA. y al Banco Financiero de Ahorros SA. (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 -omisión 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 LECrim ordena la desestimación de la querrela 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 querrela, 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 querrela describe con detalle unos hechos mediante los que se describe el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA SA., 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 201 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 triple 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 evaluables a sus socios, depositarios, cuenta participes o titulares de los bienes, valores a 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 querrela 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 , a! 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 (fue 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 si 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 administrador, agente o mediador o informador."

De esta forma, en el escrito de querrela 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 querrela como presuntamente cometidos y objeto de ja 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 "números 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) Animo 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 EDL 1995/16398), pudiendo conducir a la existencia de responsabilidad penal por la concurrencia de los requisitos exigidos acumulativamente 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 consecuentemente 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 SA.. que ha ido creciendo progresivamente en breve período 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 (BEA), único accionista de BANKIA , que salió a bolsa el 20 de julio de 201 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, I, letra c) de la LOPJ. , 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 BEA- *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 nº4.

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. Alejo, 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 (labilidad 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 negocia!, 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 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 perjudicialmente, 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."

SEXTO.- Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso, las costas causadas en esta alzada, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., se imponen a la apelante .

En su virtud, vistos los preceptos de legal y pertinente aplicación.

FALLO:

Que con desestimación del recurso formulado por la representación de BANKIA S.A. contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia numero 27 de los de Valencia, en el Juicio Verbal nº1575/14deboconfirmarla íntegramente. Todo ello,con imposición de las costas causadas en esta alzada a la apelante.

Contra la presente resolución no cabe Recurso de Casación atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional, en el plazo de 20 días, si en la resolución concurren los requisitos establecidos en el artículo 477-2-3º, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre de 2011, y en tal caso recurso extraordinario por infracción procesal.

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

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Doy fe: la anterior resolución, ha sido leída y publicada por el Ilmo/a. Sr/a, Magistrado/a Ponente, estando celebrando audiencia pública, la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial en el día de la fecha. Valencia, a dos de noviembre de dos mil quince.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el infrascrito Secretario, para hacer constar que, seguidamente, se notifique la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de LEXNET a los Procuradores Sres. **JORGE VICO SANZ y ELENA GIL BAYO** ,

haciendo saber a las partes, que contra la presente resolución no cabe recurso alguno atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional en el plazo de VEINTE DIAS si en la resolución concurren los requisitos establecidos en los artículos 477-2-3º y 477-3 en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de 2011, y en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal y la necesidad de constitución de depósito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 Euros , en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4506 abierta a nombre de éste Tribunal en el Banco de Santander, acreditando documentalmente dicho depósito. Doy fé.

