

SENTENCIA:

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 133/15

NÚMERO 136

En OVIEDO, a veinte de mayo de dos mil quince, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Eduardo García Valtueña, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número 133/15, en autos de JUICIO ORDINARIO N°614/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Oviedo, promovido por BANKIA S.A., demandado en primera instancia, contra AAA, demandante en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo se ha dictado sentencia de fecha 9 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimo la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. González Rubín, en nombre y representación de don AAA, frente a la entidad Bankia, S.A. y declaro la nulidad de las órdenes de compra de acciones Bankia que el actor suscribió y que se ejecutaron el 19/07/11 por 3.200 acciones, el 13/03/12 por 1.375 acciones, el 28/03/12 por 2.680 acciones y el 8/05/12 por 2.680 acciones, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato y en



concreto, la parte demandada ha de restituir al actor el principal invertido (25.989,05 euros), con los intereses legales desde las respectivas fechas de ejecución de cada compra. Y la parte actora ha de restituir las actuales acciones de que es titular y en el caso de que haya percibido dividendos, las cantidades recibidas en tal concepto con los intereses legales desde la fecha de su cobro. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC.

Con imposición de las costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día cinco de mayo de dos mil quince.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda presentada por D. AAA y en consecuencia anula los contratos concertados con la demanda, Bankia, y cuyo objeto era la adquisición de acciones de dicha entidad bancaria, a quien condena ala devolución del importe satisfecho para la compra, más los intereses legales devengados desde la fecha de ejecución de las adquisiciones, en tanto que la demandante deberá devolver las acciones percibidas con los dividendos que haya cobrado por su tenencia e intereses legales devengados por esas sumas desde su percepción.

Anulación que justifica en la concurrencia de un vicio esencial en la formación del consentimiento, error invencible y excusable del comprador, motivado por la información imprecisa, equivocada acerca de la situación económica de la entidad emisora de las acciones, y que es facilitada por ésta al tiempo de su suscripción.

Recurrida la sentencia por Bankia, el primer motivo de apelación que procede examinar es el referido a la prejudicialidad penal, esgrimido en primera instancia y rechazado por el juez “a quo” en el auto de 18 de septiembre de 2.014, en base a una argumentación jurídica que reitera en el fundamento de derecho segundo de la sentencia.

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones nos lleva al rechazo de este motivo de apelación.





Es un hecho público y notorio, por ende no necesitado de prueba a tenor del artículo 281 apartado 4 de la LEC, pero además acreditado en autos por la prueba documental aportada por la parte apelante, que en el Juzgado Central de Instrucción número cuatro se instruye causa penal contra las personas físicas integrantes del Consejo de Administración de Bankia y del Banco Financiero y de Ahorros SA (BKA), entre otros, por supuestos y maquinación para alterar el precio de las cosas.

La sentencia de instancia argumenta extensamente acerca de las circunstancias que justifican la suspensión en la tramitación de un proceso, por prejudicialidad penal, artículo 40 de la LEC y 10 de la LOPJ. Circunstancias, que no son de apreciar en el supuesto enjuiciado, en el que la resolución de la causa penal anteriormente apuntada, no condiciona ni determina la de este proceso. Y es que si en su día en la causa criminal llegase a recaer una sentencia condenatoria para alguno de los querellados, sólo haría que abundar en la procedencia de la reclamación del ahora demandante, al evidenciar que la información que a él le fue facilitada acerca de la situación económica de la entidad financiera y que fue determinante en su formación de la voluntad adquisitiva era fruto de una actuación intencionada, deliberada y punible de quien resulte condenado. Por el contrario, si la causa penal concluye bien en sobreseimiento o bien con sentencia absolutoria de todos los querellados, ello sólo supone que su actuación no es delictiva, no está tipificada penalmente y por ende no es merecedora de una pena. Pronunciamiento que, sin embargo, no excluye otro tipo de conductas civilmente reprochables, por culpa o negligencia del artículo 1.101 del Código Civil, ni el que se pueda apreciar carencia, imprecisiones, o falta de información suficiente, que no falsedad, a la hora de advertir al futuro adquirente de las acciones de la situación económica real de la entidad financiera en la que iba a invertir. En análogo sentido se ha pronunciado el auto de 1 de diciembre de 2.014 de la Audiencia provincial de Valencia y la sentencia de 7 de abril de 2.015, de la sección octava de la Audiencia Provincial de Castellón, o la sección quinta e esta Audiencia Provincial de Oviedo en la sentencia de 23 de marzo de 2.015, al establecer una diferenciación entre el dolo penal exigido en una causa de esa naturaleza y la posible culpa o negligencia en la que haya podido incurrir la entidad demandada al facilitar la debida y exigida información acerca de la situación económica de la entidad emisora de las acciones. La solidez, solvencia de la misma, en particular, cuando uno de sus activos patrimoniales lo integraban bienes inmuebles cuyo valor real y comercialización se veía seriamente afectado por la crisis económica del país, lo que podía incidir seriamente en la solvencia económica de la entidad financiera.





TERCERO.- Entrando a examinar el fondo del recurso, este tribunal no puede sino hacer suyos los fundados razonamientos recogidos en la sentencia de la sección quinta de esta Audiencia Provincial, pues la cuestión jurídica sometida a su consideraciones exactamente la misma, siendo análogos los términos del recurso, en consecuencia en el caso enjuiciado, existen una serie de hechos que resultan conocidos y públicos y que han sido puestos de relieve de forma reiterada por los medios de comunicación, pero es que además pueden extraerse de la documental obrante en las actuaciones, hechos que ha consignado el juzgador de instancia en su resolución.

Bankia en principio estaba planeado que tan solo fuera la marca comercial bajo la cual operaría Banco Financiero y de Ahorros (BFA), un Sistema Institucional de Protección (*fusión fría*) surgido en 2011 de la fusión de los negocios bancarios de siete cajas de ahorros: Caja Madrid, Bancaja, La Caja de Canarias, Caja Ávila, Caixa Laietana, Caja Segovia, Caja Rioja.

Esta operación, conocida en términos financieros como *fusión fría*, dio lugar a una entidad que gestionaría conjuntamente unos 340.000 millones de euros de activos y que recibió un crédito del FROB por 4.465 millones. Una serie de cambios en la situación financiera de la entidad y el país llevarían a que finalmente Bankia se constituyera como una empresa independiente, filial de BFA, y no como una marca comercial.

Meses después del nacimiento de BFA el Gobierno de España, de acuerdo a los acuerdos bancarios de Basilea II, aprobó un plan que obligaba a los bancos a crear una reserva de capital, a modo de provisión, con el fin de que las entidades pudiesen defenderse ante un eventual problema. BFA no poseía suficiente liquidez para crear tal reserva de capital, por lo que sus gestores pensaron que la salida a bolsa del banco sería la mejor opción de captar el capital necesario de forma rápida.

Sin embargo, no parecía buena idea que BFA saliese a bolsa. La entidad estaba formada mayoritariamente de activos procedentes del sector del "ladrillo" y otros productos tóxicos como las preferentes, por lo que en aquel momento, tras el estallido de la burbuja inmobiliaria en España, los estudios preveían un mal desarrollo en bolsa de la entidad bancaria.

El consejo administrativo de BFA, ideó un sistema que permitiera sortear los problemas de sobreexposición al "ladrillo" y permitiera sacar a bolsa la entidad. Creó un nuevo banco, filial de BFA, al que llamó Bankia, S.A.. Entonces se decidió que sería Bankia y no BFA la que gestionaría el negocio bancario de los clientes minoristas. En abril de 2.011 BFA segregó todos los activos bancarios (clientes, oficinas, depósitos, capital,...) que había heredado de las cajas de ahorro en Bankia. Sin embargo, BFA se quedó con los activos considerados "tóxicos", es decir, las empresas inmobiliarias y las sociedades de participaciones preferentes.

Con fecha 28-6-2.011 la Junta General de accionistas y el Consejo de Administración de BFA y Bankia adoptaron los acuerdos procedentes para la puesta en marcha de la salida a Bolsa de Bankia mediante la realización de una Oferta Pública





de Suscripción (OPS), y que se justificaba en el Folleto de Emisión por la necesidad de reforzar la estructura de recursos propios a fin de cumplir con las nuevas exigencias legales, a fin de realizar una aplicación adelantada de nuevos y exigentes estándares internacionales, lo que contribuiría a potenciar su prestigio. Igualmente se señalaba que debido a la reciente integración de las diferentes Cajas, la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios reunidos del Grupo Bankia, correspondientes al trimestre cerrado a 31-3-2.011, pero que para compensar dicha falta de información se aportaban una serie de información financiera consolidada pro forma sobre el Grupo a efectos ilustrativos, partiendo de determinadas bases e hipótesis, según las cuales resultaba que la entidad gozaba de saludable solvencia, con altas posibilidades de futuros beneficios.

El 20 de julio de 2.011, y sobre la base del citado folleto, salió a bolsa el 55% de Bankia (el 45% restante se mantenía en manos de BFA) a un precio de 3,75 euros por acción (2 euros de valor nominal y una prima de emisión de 1,75 euros), por el cual captó 3.092 millones de euros. La salida a bolsa de la entidad (se emitieron 824.572.253 nuevas acciones) estuvo reforzada por una gran campaña publicitaria en los medios de comunicación en la que Bankia animaba a sus propios clientes minoristas a comprar acciones desde 1.000 €. El 8-9-2.011 el Comité Asesor Técnico del IBEX 35 decidió darle entrada con efectos de 3-10-2.011.

En el mes de noviembre de 2.011 Banco de Valencia, filial de Bankia, hubo de ser intervenido, siendo descubiertos activos basura por importe de 3.995 millones de euros, debiendo hacerse cargo de la situación el Frob (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), a pesar de lo cuál Bankia continuó manifestando su carencia de problemas de solvencia.

Durante el ejercicio de 2.011 la European Banking Authority (EBA) hizo públicos nuevos requerimientos de capital mínimo a mantener a nivel consolidado por las entidades calificadas como "sistémicas" (los bancos sistémicos vienen a ser aquéllos que por su tamaño y/o la complejidad de sus negocios son especialmente relevantes para asegurar la estabilidad de dicho sistema, teniendo en cuenta las consecuencias que sobre él y la correspondiente economía real podría ocasionar una crisis de cualquiera de ellos, por lo que está justificado que reguladores y supervisores los vigilen especialmente y/o los sometan a exigencias específicas, más allá de las aplicables al resto de las entidades bancarias). Entre ellas se encontraba BFA-Bankia, requerimientos que se concretaban en alcanzar una determinada ratio. El 8-11-2.011 la EBA 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, lo que determinó que el Grupo presentare un plan de capitalización en enero de 2.012 en el que se recogían las medidas a adoptar para cubrir tales necesidades de capital, si bien la entidad señalaba hallarse en una situación cómoda de solvencia.

Llegado el 30 de abril de 2.012, fecha tope para que Bankia remitiese las cuentas anuales debidamente aprobadas y auditadas, no lo hizo, y sí el 4-5-2.012 remitió a la CNMV las





Cuentas Anuales Individuales y las Anuales Consolidadas de dicha ejercicio sin auditar y a través de "un hecho relevante" (el hecho relevante es la información que hace pública una compañía a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), en la que se informa a inversores y accionistas sobre alguna circunstancia excepcional que puede influir en su cotización). En las referidas cuentas anuales, sin auditar, se señalaba un beneficio de 305 millones de euros (309 millones considerando las cuentas pro forma), resultados en principio coherentes con los publicados a la salida a Bolsa, haciendo hincapié en el éxito de la OPS y la consolidada solvencia del Grupo.

El 7-5-2.012, esto es tan sólo tres días después, el Presidente de Bankia, Sr. Rato, presentaba su dimisión, con un comunicado en el que reiteraba su confianza en la solvencia de la entidad, mas el 9-5-2.012 la nueva dirección que se había hecho cargo de la entidad solicitó la intervención de la misma a través del FROB, siendo así que días más tarde Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de la cuentas anuales de 2.011, ahora sí auditadas, que arrojaban unas pérdidas por 3.031 millones de euros, lo que motivó la suspensión inmediata de la cotización de las acciones así como una inyección de 19.000 millones de euros para su recapitalización, siendo así que por decisión del FROB de 16-4-2.013, entre otras medidas, las acciones de Bankia quedaron reducidas en su nominal de los 2 euros iniciales a un céntimo de euro, constituyéndose nuevas acciones de un euro por cada cien acciones antiguas.

CUARTO.- Esto sentado, ha de indicarse que las acciones se configuran como instrumentos de inversión regulados en la Ley de Mercado de Valores de 1.988 (artículo 2). 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 toman con pleno conocimiento de causa.

El art. 30 bis) de la Ley del Mercado de Valores señala en su apartado 1 "Una oferta pública de venta o suscripción de valores es 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."

En su apartado 2 dispone que "No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores."

Así pues, el legislador señala 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.

Como se afirma en la reciente sentencia de 29-12-2.014 de la Audiencia Provincial de Valencia, tanto del artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores como el artículo 16 del RD 2010/2005, de 4 de noviembre de 2.005, 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 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.

Como ya se puso de relieve en la recurrida, y se infiere del relato de hechos plasmado en el fundamento precedente, resulta patente 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- como ya se dijo, que la entidad demandada acabó solicitando la intervención pública. Por consiguiente, y como igualmente resalta la sentencia antes citada, las mismas cuentas auditadas y aprobadas del ejercicio 2.011 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 publicada y divulgada, ni la situación económico financiera real, de ahí su incorrección e inveracidad. Por tanto, debía ser la entidad demandada la que acreditase (dado que no ha impugnado esos datos objetivos) que a época de la oferta pública los datos publicados eran correctos y reales. 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.

En el caso que se está enjuiciando tales aseveraciones pueden venir además refrendadas por el informe y conclusiones de los técnicos del Banco de España obrantes en los autos, y emitido en las D. Previas nº 59/12 del Juzgado de Instrucción Central nº 4, en las que refieren que las cuentas anuales del año 2.011 no reflejaban la imagen fiel del Banco, que las cuentas, que presentaban unos beneficios de 309 millones, realmente apuntaban a unas pérdidas de 2.979 millones, ya que existían ajustes de importancia material no contabilizados, aludiendo a errores contables en los estados anuales consolidados del ejercicio 2.010 y en los estados financieros intermedios del primer trimestre de 2.011.

Lo expuesto lleva a la conclusión, como ya lo hizo el juzgador de instancia en su resolución, que la información llevada a efecto en la oferta pública por la entidad demandada resultó incorrecta e inveraz en aspectos relevantes, dando apariencia de una solvencia que no se correspondía con la realidad de su situación financiera. Por consiguiente, se vulneró la legislación del Mercado de Valores antes aludida, con las consecuencias expresadas, y que también se han plasmado en la sentencia del TJUE de 19/12/2013, que concluyó que no es contrario a la Directiva 2003/71/CE 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, y 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", y en el mismo sentido el art. 28-3 LMV que, como se ha dicho, señala que de acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente, todas las personas indicadas en los apartados anteriores, según el caso, serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del



folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante.

QUINTO.- Llegados a este punto, respecto a la no aplicación del hecho notorio, ya se ha hecho referencia a ello a lo largo de la presente resolución, lo mismo que respecto a las alegaciones sobre el error en la valoración de la prueba o la pretendida ausencia de justificación del falseamiento de los datos contables, y en relación a los controles por parte del Banco de España y la CNMV, y con independencia de que su actuación supervisora no se está juzgando en este proceso, por más que resulte extraño que no dispusieran de medios para contrastar los datos, (recuérdese que ya en el año 2.010 una inspección del Banco de España había detectado posibles pérdidas relevantes y que el auditor de cuentas cuyo informe coadyuvó para la salida a Bolsa fue multado), lo cierto es que los hechos acaecieron como queda dicho, y que salieron a Bolsa unos títulos con una información distorsionada por parte del emisor y con una valoración irreal. En cuanto a la alegada presunción de profesionalidad de los dirigentes de Bankia, hay que acreditarla.

En consecuencia procede la íntegra confirmación de la Sentencia de instancia con imposición de costas al apelante (art. 398.1 L.E.C.).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR BANKIA S.A. contra la sentencia de fecha 9 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo, en el Juicio Ordinario 614/14. Se confirma la sentencia apelada, imponiendo a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

En aplicación del punto noveno de la Disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, dese a la recurrente el destino legalmente previsto al depósito constituido para apelar.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16^a, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

