



Roj: AAP IB 24/2014 - ECLI:ES:APIB:2014:24A
Id Cendoj: 07040370032014200001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 3
Nº de Recurso: 198/2014
Nº de Resolución: 187/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CATALINA MARIA MORAGUES VIDAL
Tipo de Resolución: Auto

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00187/2014

N10300

-

Tfno.: Fax:

N.I.G. 07040 42 1 2013 0009730

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000198 /2014

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000541 /2013

Recurrente: Pedro Enrique

Procurador: MARIA DEL CARMEN GAYA FONT

Abogado: PEDRO MORATA

Recurrido: **BANKIA**, S.A.

Procurador: FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS

Abogado: JAIME MAQUEDA BARON

A U T O N U M . 1 8 7

Itmos. Sres.:

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña M^a Rosa Rigo Rosselló

Doña Catalina M^a Moragues Vidal

En Palma de Mallorca a, dieciséis de Octubre de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, el presente recurso de apelación, procedente del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Palma, en los autos sobre Juicio Ordinario, bajo el número 541/13, Rollo de Sala núm. 198/14, entre

partes de una como actor-apelante don Pedro Enrique , representado por la Procuradora doña Carmen Gaya Font y dirigido por el letrado don Pedro Morata Socias, de otra, como demandada-apelada la entidad

Bankia S.A., representada por el Procurador don Francisco Arbona Casasnovas y dirigida por el Letrado don Jaime Maqueda Barón.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada doña Catalina M^a Moragues Vidal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de la presente alzada el auto de fecha 4 de diciembre de 2013, dictado por el Sr. Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Palma de Mallorca, por el que se acuerda estimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad demandada **BANKIA SA** contra el auto del citado tribunal "a quo", de fecha 10 de septiembre de 2013, y, en consecuencia, resuelve ordenar la suspensión del procedimiento de juicio ordinario seguido a instancia de don Pedro Enrique contra la citada entidad bancaria por causa de prejudicialidad penal, al hallarse en curso las Diligencias Previas nº 59/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, seguidas por delito de estafa, falsedad documental, de apropiación indebida, de falsificación de cuentas anuales en conexión con un delito societario, de administración fraudulenta o desleal y de maquinación para alterar el precio de las cosas.

Se alza frente a la meritada resolución la parte actora Sr. Pedro Enrique que solicita, de este Tribunal, su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se acuerde levantar la suspensión en su día acordada ordenando proseguir el procedimiento y dictar la sentencia correspondiente. Esgrime la parte apelante en fundamento de tal pretensión revocatoria las alegaciones que, resumidamente, pasamos a exponer: a) Infracción o indebida aplicación del artículo 114 y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no hallarnos ante "el mismo hecho" que se persigue en sede penal, pues en este pleito no se ha formulado **acción** contra los miembros del Consejo de Administración de **BANKIA**, sino que se ha instado una **acción** de nulidad de la orden de compra de 16.000.- **acciones** de **BANKIA** por un importe de 60.000.- €, por causa de *error en el consentimiento viciado por la deficiente e incompleta información facilitada, especialmente por la ausencia de información del contenido de los informes de la Inspección del Banco de España en el folleto que provocaron una creencia errónea acerca de la solvencia del demandado y, en su caso, por dolo civil*"; añade la parte apelante que, *las menciones a la falta de solvencia de Bankia y que los Balances no reflejaban la imagen fiel de la compañía, no significaban que el juez civil tuviera que enjuiciar si había existido mala praxis bancaria, negligencia o ilícito penal*, concluyendo que, la ocultación de la información, a los efectos de la declaración de nulidad, *no tiene porque ser constitutiva de un delito o que los balances sean constitutivos de falsedad como razona de forma desafortunada el juzgador*; b) infracción o indebida aplicación del artículo 40.4 de la LEC, pues la actora no ha acusado a la demandada de un delito de falsificación de cuentas ni ha impugnado documento alguno de los aportados por ser "falso", por lo que resulta intrascendente que en la Audiencia Nacional se investigue la falsedad de los balances, no concurriendo en el presente caso la finalidad de la prejudicialidad penal que es evitar que puedan recaer sentencias contradictorias; c) inaplicación del artículo 40.2 LEC, por falta de los dos requisitos que se exigen en la precitada norma, sin que la sentencia que recaiga en la causa penal pueda tener una influencia decisiva en la resolución del presente asunto, cuando, además, la regla general es la no suspensión del procedimiento civil. Subsidiariamente, y para el supuesto de mantener la Sala la suspensión del procedimiento, solicita la no imposición de costas dadas las dudas de derecho que se plantean.

La parte demandada y hoy apelada se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la confirmación del auto apelado.

SEGUNDO.- Para que deba acordarse la suspensión del pleito es necesaria la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no se pueda prescindir para la debida resolución de la contienda civil o que condicione directamente la misma, en los términos del artículo 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atendido el principio de prevalencia de la jurisdicción penal, acogido claramente en los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que impide las actuaciones civiles y las excluye en tanto no termine el proceso penal.

La suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal es aplicación del principio expresado con el viejo adagio francés "le criminel tient le civil en état".

El artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de éste determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca".

Por su parte el artículo 111 Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "mientras estuviere pendiente la **acción** penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme".

Finalmente, el artículo 114 de la misma norma indica que "promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal".

En este sentido, ha venido siendo doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992), que basta con que el proceso penal verse sobre un hecho que ejerza tal influencia en la resolución del pleito que haga imposible el fallo de la cuestión civil sin ser conocida antes la decisión que se dicte en la vía criminal, teniendo como finalidad la norma en cuestión que se evite la división de la contienda de la causa y la posibilidad de sentencias contradictorias entre las sentencias de uno y otro Tribunal.

En la actualidad, el artículo 40.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil impone la suspensión de las actuaciones del proceso civil 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 proceda en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En caso de que la suspensión venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados, se acordará, sin esperar la conclusión del procedimiento, tan pronto se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del Tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

TERCERO.- En el caso hoy sometido a la decisión de este Tribunal, el demandante, don Pedro Enrique , ejercita la **acción** de nulidad de la orden de suscripción, de 30 de junio de 2011, de 16.000 **acciones** de **BANKIA** por un importe de 60.000,00 #, y, en consecuencia, la restitución al actor de la meritada suma de 60.000,00#, nulidad que funda en la falta de una correcta y veraz información de la situación patrimonial de la demandada **BANKIA**, "pues fue la situación patrimonial de la sociedad ofrecida como solvente la que determinó el consentimiento para la compra en su día y que el valor de la **acción** de la OPS fuera 3,75 # por **acción**." (fundamento de derecho primero de la demanda). La información financiera suministrada se halla contenida en el folleto que se entregó al Sr. Pedro Enrique acompañado como documento nº 5 de la demanda y consiste en la "oferta pública de suscripción de **acciones**.." elaborado por **BANKIA**. Se afirma por el actor que a la fecha de compra, 30 de junio de 2011, no se le informó por parte del personal de **BANKIA** que "los balances de **Bankia** no se ajustaban a la realidad", "ni que la demandada se encontraba en bancarrota, ni que tenía graves pérdidas ocultas no declaradas", y ello por cuanto dicho personal "desconocía la realidad de la propia entidad financiera en la que trabajaban al ocultarse por el Consejo de Administración de **Bankia** la realidad contable y financiera de la entidad". El fundamento de derecho cuarto de la demanda lleva por rúbrica "AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE LA AUDIENCIA NACIONAL D 4 DE JUNIO DE 2012 ", aportando como documento nº 7 dicha resolución, cuyo contenido es parcialmente transcrito en dicho fundamento cuarto de la demanda, poniendo de manifiesto que la situación patrimonial reflejada en el folleto poco o nada tenía que ver con la real y fue sobre la base del citado documento que **BANKIA** se estrenó en Bolsa el 20 de julio de 2011; se afirma por el demandante que el Consejo de Administración de la entidad había ocultado al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la realidad de la situación financiera y contable de **Bankia** al menos desde el 23 de julio de 2010, apareciendo solvente y lanzando una OPS "vendiendo tanto a su personal como a sus clientes las excelencias de las **acciones** y solvencia de **Bankia**, concluyendo que *los resultados ficticios contables sirvieron para salir a Bolsa en julio de 2011 y recabar miles de millones de euros de pequeños inversionistas*. Continúa el demandante afirmando que si se hubiera ofrecido en junio de 2011 la información contable de desequilibrio patrimonial que luego puso de manifiesto el nuevo Consejo de Administración en Mayo de 2012, ni se hubieran atrevido a vender la **acción** a 3,75 euros ni nadie hubiera pagado esta cifra, sino sólo 0,01 euros, por lo que, afirma, existe o bien dolo, al menos civil, o negligencia por mala praxis del Consejo de Administración de la demandada en la ocultación de la realidad de la situación patrimonial provocando el error en la prestación del consentimiento del actor que justifica la nulidad pretendida.

CUARTO.- En el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional se siguen las Diligencias Previas 59/2012 por los delitos de estafa, falsedad documental, administración fraudulenta y maquinación para alterar el precio de las cosas y como señala el auto dictado por dicho Juzgado en fecha 4 de junio de 2012 "El objeto de este procedimiento, sin perjuicio de su extraordinaria amplitud y complejidad, se encuentra debidamente perimetrado y viene referido al proceso de fusión de las siete Cajas de Ahorro que dio origen a

la constitución del Banco Financiero y de Ahorro, al deterioro patrimonial de **Bankia**, SA, que ha ido creciendo progresivamente en un breve período de tiempo hasta el tiempo de sugerir la existencia de fraude contable y de operaciones de crédito o disposiciones de fondos indebidos por parte de sus administradores, y a la ulterior salida a Bolsa de **Bankia** SA, hechos definidos en la querella iniciadora del presente procedimiento que, pese a su extensión, se circunscriben a un período muy concreto: los años 2010 y 2011 y las operaciones contables, bancarias y financieras llevadas a cabo en el seno de BFA y de **BANKIA**".

Existiendo por tanto una **acción** penal en averiguación de si se han alterado los datos de la verdadera situación económica de la entidad bancaria demandada, plasmando datos falsos, en el periodo que indica la parte actora en el presente litigio; estima éste Tribunal que procede decretar la suspensión del procedimiento civil, por cuestión prejudicial penal.

En consecuencia, y tal como se afirma por el juez "a quo", se dan las premisas necesarias para apreciar la prejudicialidad penal pues la previa declaración penal de falsedad de los estados contables utilizados para la salida a Bolsa de **Bankia**, o el hecho que los consejeros, directivos, y gestores de **Bankia** hubieran elaborado y difundido diversa documentación, tanto contable como meramente informativa arrojando una imagen de la sociedad absolutamente irreal con la finalidad de salir a Bolsa y obtener financiación del mercado, manteniendo a toda costa el precio de cotización y los ratios de solvencia, es un presupuesto esencial e ineludible para poder determinar la nulidad de la suscripción de **acciones** realizadas por el Sr. Pedro Enrique , teniendo en cuenta, además, que la referida falsedad y alteración de la imagen fiel de la entidad es un hecho constitutivo de la pretensión actora en el que sustenta la nulidad del negocio jurídico de la compra de las **acciones**.

Por último, señalar que esta misma sección 3ª ya acordó la suspensión en el Recurso de Apelación nº 505/2013, en un supuesto de nulidad de la compra de 1.333 **acciones** de **Bankia**, declarando que, " *Existiendo por tanto una **acción** penal en averiguación de si se han alterado los datos de la verdadera situación económica de la entidad bancaria demandada, plasmando datos falsos..., estima este Tribunal que procede decretar la suspensión del procedimiento civil por cuestión prejudicial penal.*"

QUINTO.- Se estima por la Sala que en atención a lo dispuesto en el artículo 398 en relación al 394.1 LEC , que pese a la desestimación del recurso de apelación no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada dada la cuestión debatida y las dudas jurídicas surgidas a raíz de la regulación de la prejudicialidad penal en la vigente LEC y su engarce en la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuestión que no ha resultado pacífica en la doctrina y ha motivado resoluciones contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por don Pedro Enrique , representado por la procuradora Sra. Gayá, contra el Auto de 4 de diciembre de 2013, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palma de Mallorca , en el procedimiento de juicio ordinario del que trae causa la presente alzada y, en consecuencia, SE CONFIRMA dicha resolución.

Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.