

SENTENCIA:

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000056 /2015

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO  
DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO  
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintitrés de Marzo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 664/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo, Rollo de Apelación nº 56/15, entre partes, como apelante y demandada **BANKIA, S.A.**, representada por el Procurador Don Ricardo de la Santa Márquez y bajo la dirección de la Letrado Doña María José Cosmea Rodríguez, y como apelados y demandantes **DON AAA y DOÑA BBB**, representados por la Procuradora Doña Florentina González Rubín y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha siete de enero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Rubín, en nombre y representación de D. AAA y D<sup>a</sup> BBB, contra Bankia SA, a la que CONDENO a pagar a los demandantes la cantidad de 19.928,52 euros más el interés legal del dinero computado desde el día 24 de julio de 2.014. Todo ello con imposición del pago de las costas procesales a la demandada.".

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Bankia, S.A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las



alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia acogió la demanda formulada por Don AAA y Doña BBB en virtud de la que interesaban la condena de la demandada Bankia, S.A. al abono de 19.928,52 euros, con los intereses legales, en concepto de indemnización por los perjuicios derivados de la pérdida sufrida por la diferencia entre la cantidad invertida en las acciones que adquirieron de dicha entidad en la OPS (Oferta Pública de Suscripción) y el precio en el que finalmente pudieron venderlas.

Como simple recordatorio, y en síntesis, cabe señalar que en el escrito rector señalaron los actores que, tras el vencimiento de una imposición que tenían depositada en el Banco de Sabadell en el mes de julio de 2011, por dicha entidad bancaria se les ofreció la posibilidad de adquirir nuevas acciones de Bankia, recientemente iniciadas en el mercado bursátil, y con una información pública de entidad saneada y cualificada, por lo que dichos inversores, consumidores minoristas, adquirieron 5.333 acciones a 3,75 euros cada una, en total, 19.998,75 euros, siendo así que en el mes de abril, y a instancias del Frob, se operó una reestructuración de la situación financiera de Bankia con la consiguiente repercusión en la valoración de los títulos, que se redujo de 2 euros a un céntimo de euro. Así las cosas, los actores lograron vender las acciones en el mes de abril de 2.014 por 70,23 euros. Su reclamación, pues, se centra, como se señaló, en los daños y perjuicios dimanantes del valor perdido, pérdidas derivadas no de las fluctuaciones del mercado bursátil, sino de la inveracidad de la información dada por la entidad Bankia sobre su situación con el fin de obtener su salida a Bolsa.

Frente a dicha resolución se alza la demandada Bankia, S.A. reproduciendo lo ya señalado en su día y alegando en síntesis los siguientes motivos: Invoca con carácter previo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, habida cuenta que las acciones fueron vendidas por Banca Sabadell, entidad que hubo de informar a sus clientes y cumplir con la normativa Midif (es decir, haberles realizado los test correspondientes) y, además, debería haber informado a aquéllos de los cambios y reestructuraciones que se iban produciendo,



por lo que, concluye, Banco de Sabadell debería ser llamado al proceso.

En cuanto al fondo, señala que los actores ya no tienen las acciones en su poder, al haberlas vendido, lo que supondría un acto novatorio o confirmatorio del consentimiento, así como la aplicación de la doctrina de los actos propios, no teniendo sentido vender los títulos y luego reclamar los daños y perjuicios derivados de dicha venta. Tampoco, continúa alegando, es posible la aplicación en el caso del hecho notorio, no pudiendo presumirse falsedad de la información por el hecho de que Bankia, a causa de la crisis, necesitara ayudas públicas, ignorando la convulsión económica del año 2.011 y las severas medidas adoptadas en el año 2.012.

Sostiene también que la sentencia de instancia ha errado en la valoración de la prueba, sobre todo respecto del informe pericial de los técnicos del Banco de España, ya que en él se dan por ciertos hechos no probados y se realizan hipótesis carentes de certeza, estimando que los administradores de Bankia tenían obligación de cuantificar unas pérdidas que sólo se pudieron estimar en el año 2.012, debiendo además presumirse profesionalidad en dichos dirigentes y además no hay que olvidar la supervisión para la salida a Bolsa de la CNMV y Banco de España, así como el informe de Auditoría.

Al hilo de ello, estima que no se ha justificado que Bankia hubiere falsificado datos contables, y ya en el folleto de suscripción se advierte del riesgo derivado de la prevención del Frob como acreedor del mayor accionista, no siendo posible de otro lado prever la bajada de los activos inmobiliarios, que obligó a la reformulación de las cuentas, debiendo entenderse que el proceso de salida ha de gozar de presunción de legalidad.

Finalmente, alegó error en la cuantificación de la indemnización, ya que deberían tenerse en cuenta factores como la evolución del mercado bursátil, que la pérdida del valor de las acciones no tuvo causa en la situación financiera de la entidad, sino en otros factores como la evolución de la cotización de las acciones, no pudiendo olvidar que los actores procedieron a la venta de los valores, por lo que les sería achacable el perjuicio derivado de haber mantenido la inversión el tiempo que estimaron conveniente, todo lo que en último caso debería conllevar la aplicación de la concurrencia de culpas y minorar la cuantía a resarcir.

Por último, la apelante insiste en que nos encontramos ante una cuestión prejudicial penal, habida cuenta del procedimiento pendiente en este momento en el Juzgado Central de Instrucción nº 4 (D. Previas nº 59/12).

Por los apelados se alegó en su contestación al recurso que respecto al litisconsorcio el Banco de Sabadell fue un simple intermediario que transmite a sus clientes la información publicada por el emisor y no tiene por qué evaluar la idoneidad para la adquisición del producto. Lo que sucedió fue que salieron a Bolsa unas acciones basadas en una información distorsionada de la verdadera situación del emisor y carentes del valor que les fue atribuido.

En cuanto al hecho de la venta, señalaron que la misma fue realizada ante la imposibilidad de recuperar la cantidad invertida, siendo así que el perjuicio derivó de la inveracidad de la situación, lo que llevó a su ulterior recapitalización y reducción drástica de su valor.

En cuanto a la aplicación del hecho notorio, consideran que se trata de hechos de público conocimiento, pero es que además se deducen del contenido de la prueba existente en las actuaciones, discrepando respecto del alegado error en la apreciación de la prueba, señalando cómo a la hora de la publicación de las cuentas del año 2.011 se llega a afirmar en principio que la entidad tenía unos beneficios de 309 millones (cuentas no auditadas), cuando tras la dimisión del Sr. Rato la nueva dirección publica unas pérdidas de 3.031 millones y solicita ayuda pública por 19.000 millones; además, hacen mención al informe reciente de los técnicos del Banco de España y al hecho de que una Inspección del año 2.010 de dicho organismo ya había detectado posibles pérdidas relevantes y que el auditor Deloitte, cuyo informe había apoyado la viabilidad de la entrada en Bolsa de Bankia, había sido sancionado por el ICAD. Además, subrayaron, la intervención del CNMV avalando dicha entrada no conllevó auditoría de las cuentas, sino un control meramente formal de la documentación.

Por lo que se refiere a la prejudicialidad penal invocada, recordaron los apelados su carácter restrictivo y que sólo ha de acordarse cuando la prueba de la cuestión litigiosa dependa necesariamente de lo que se investigue y declare en la causa penal, y en la presente litis resulta prueba bastante de que la situación financiera de la recurrente no se correspondía con la publicada en el folleto de la OPS. En apoyo de su tesis cita el reciente auto de 1-12-2.014 de la Audiencia Provincial de Valencia.

Sentado lo expuesto, y en orden a abordar el tema de debate, ha de tenerse en cuenta básicamente que lo que se discute no es tanto el contenido formal del folleto de suscripción sino la bondad de los datos ofrecidos por la entidad Bankia (sus responsables) que determinaron su salida a Bolsa, y que una pluralidad de personas adquirieran las acciones, que luego se reveló estaban "ab initio" devaluadas. Nada tienen, pues, que ver las lógicas fluctuaciones del mercado bursátil o de la crisis inmobiliaria, que por otro lado ya venía ostentando un desplome con bastante antelación al momento litigioso. Tampoco resulta relevante el hipotético control de la CNMV ni del Banco de España, pues la primera, como bien afirmaron los apelados, y luego se verá, realizaba un control meramente formal, y el segundo, ya en el año 2.010 aventuraba una progresiva situación negativa respecto de la entidad en cuestión, lo que no resulta muy comprensible, como no sea que el informe elaborado por la auditoría Deloitte resultara convincente, entidad que, como se ha dicho en líneas precedentes, resultó luego sancionada.

La recurrente, en lo que parece referirse a la evolución de las cosas desde la salida a Bolsa de la entidad Bankia hasta su rescate como ha sido relatado por el Sr. Juez de instancia,

señala que no podría considerarse un hecho notorio y por ello no podría excluirse de su prueba.

Conforme al art. 281-4 de la LEC no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. Afirma la doctrina que son hechos notorios aquéllos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, y que la notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes al grupo tengan un conocimiento efectivo del mismo, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio. Se ha considerado además como incorrecta la referencia a lo absoluto y general que señala el precepto, ya que el hecho notorio lo es en relación a un espacio y tiempo determinados. La sentencia del TS de 26-4-2.013 señala que el hecho notorio consiste en un conocimiento general que, razonablemente, es conocido por todos, con inclusión del Juez y de las partes.

**SEGUNDO.-** 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, presidido por Don Rodrigo Rato, 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.

**TERCERO.-** 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. Previa n° 59/12 del Juzgado de Instrucción Central n° 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.

**CUARTO.-** Llegados a este punto, y volviendo a los motivos alegados por la recurrente, en orden al litisconsorcio pasivo necesario planteado con carácter previo cabe rechazar el mismo, habida cuenta que la entidad Banco Sabadell ha sido un mero intermediario en orden a la adquisición de las acciones por los actores y a quienes simplemente hubo de transmitir la información publicada por el emisor, no siendo de recibo la alegación referida a no haber practicado a éstos los test de conveniencia, pues no estamos ante un producto complejo, que sí lo requeriría, como así se deduce del art. 79 bis)-8 de la LMV en relación con la Directiva 2006/73. Nada, pues, obligaría a llamar al proceso a la referida entidad bancaria.

En cuanto a la invocación de la existencia de un acto novatorio y confirmatorio del consentimiento por el hecho de la venta de las acciones y la doctrina de los propios actos, cabe señalar que dicha venta no fue sino una consecuencia de la devaluación de los títulos, propiciada por la propia entidad financiera, como se acaba de ver, y por tanto resultó obligada, ello con independencia de que ha de recordarse que la acción ejercitada no ha sido la de la anulabilidad, a la que va anudada la confirmación (art. 1313 del CC).

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 directores de Bankia, hay que acreditarla.

En lo que respecto a la existencia de un posible error en la cuantificación de la indemnización, ya se señaló que la recurrente aludió a la evolución del mercado bursátil en la pérdida de valor de las acciones, así como la responsabilidad de los actores por el hecho de su venta y por haber mantenido su inversión el tiempo que estimaron conveniente; cuando menos, sostiene, debería valorarse en orden a una compensación de culpas. El motivo igualmente se rechaza; ya se señaló que precisamente la devaluación tan drástica de los valores, recordemos que pasó cada acción a valer un céntimo habida cuenta de los avatares mencionados, abocó necesariamente a la venta de los mismos. Nada puede imputarse a la conducta de los actores, que vieron como lo invertido con unas prometedoras perspectivas quedaba reducido prácticamente a la nada.

**QUINTO.-** Resta, finalmente, abordar el tema de la prejudicialidad penal. La recurrente insiste en dicha cuestión amparándose en el hecho de la existencia de las D. Previa antes referidas que se siguen en el Juzgado de Instrucción Central nº 4.

El art. 40-2 de la LEC dispone que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> 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.

2.<sup>a</sup> 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.

Por su parte, el art. 114 de la LECr. señala que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndolo, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

De esto se infiere que para considerar la existencia de prejudicialidad penal no sólo se requiere la existencia de causa criminal referente a los mismos hechos que se han de dirimir en el pleito civil, sino además que resulte necesario aguardar a la decisión del Tribunal penal para la resolución del litigio, de manera que el mismo no puede ser resuelto sin aquélla. De este modo, si en el pleito civil existen datos suficientes en orden a su resolución, y que puedan ser considerados con independencia de la calificación que a los hechos enjuiciados se otorgue en la causa criminal, no se estaría en presencia de una cuestión prejudicial, que, por otro lado, y en cuanto supone una crisis procesal, ha de interpretarse en sentido restrictivo.

Por otro lado, y en relación con lo que acaba de exponerse, el dolo penal es independiente del dolo o culpa

civil, y nada impide que esto último pueda existir con abstracción del primero.

En el caso que nos ocupa, y como se ha relatado en la presente resolución, resulta prueba bastante acreditativa de que la situación financiera de Bankia no se correspondía con la real cuando salió a Bolsa, y que el folleto de la OPS adolecía de falta de veracidad en su contenido. Ello resulta independiente de la calificación penal que se haya de dar a tales hechos, por lo demás notorios como se dijo, y la autoría que se achaque en su caso a quienes se considere responsables.

Además, y como se afirma en el auto de la Audiencia de Valencia de 1-12-2.014 citado por los apelados, de aceptar la suspensión del proceso civil en base a la prejudicialidad ello equivaldría a dictar una resolución desconectada de la realidad social, que ha de tenerse en cuenta como criterio legal interpretativo (art. 3 del CC), pues ello tendría como consecuencia paralizar las reclamaciones instadas por una multitud de accionistas en espera de una resolución penal que se antoja larga en el tiempo, habida cuenta de la complejidad que se entrevé en la instrucción de la causa.

**SEXTO.-** Por todo lo expuesto, se ha de ratificar lo resuelto en la recurrida, cuyos sólidos fundamentos se han refrendado en esta alzada, lo que ha de conllevar que las costas de la presente instancia se hayan de imponer a la parte que la ha promovido (art. 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

### FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia dictada en fecha siete de enero de dos mil quince por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen costas de esta alzada a la parte apelante.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.



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







**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.





**NOTA.-** Se hace saber a las partes que en caso de interponer recurso de casación o extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se le notifica, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartados 1, 2, 3 y 6 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, e Instrucción 8/2009 del Secretario General de la Administración de Justicia, **es necesario la constitución de un depósito, acreditado documentalmente, por las cuantías e identificados con los códigos siguientes:**

04.- Extraordinario por infracción procesal.- 50 euros

06.- Casación.- 50 euros

Dicho depósito se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, abierta en Banesto, cuenta expediente 3310000012005615, haciendo constar en el campo del documento "concepto" que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto del recurso de que se trate. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

LA SECRETARIO DE SALA

