

**ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE VENTA DE
ACCIONES Y PREJUDICIALIDAD PENAL (CASO BANKIA):
DOLO CONTRACTUAL Y FALSEDAD CONTABLE**

Faustino Cordón Moreno
Catedrático de Derecho procesal
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 2 de marzo de 2016

1. Alegación de prejudicialidad penal en procesos en que se solicita la declaración de nulidad de un contrato de venta de acciones (caso BANKIA): diferentes criterios de las Audiencias Provinciales

En todos los procesos -y han sido numerosos- promovidos contra BANKIA, solicitando la declaración de nulidad, por dolo, de los contratos de compra de acciones y la devolución del importe de la compra satisfecho más sus intereses, la entidad financiera alegó como fundamento de su recurso de apelación contra las sentencias estimatorias (y previamente como excepción en la primera instancia), entre otros motivos, error en la valoración de la prueba sobre la solvencia de la entidad (cuando salió a bolsa), porque, a su juicio, existió, más bien, una ausencia absoluta de prueba de la falsedad o irregularidad en las cuentas elaboradas por la entidad para su salida a bolsa; y de forma subsidiaria, la prejudicialidad penal, para el caso de que se apreciase alguna prueba que pudiera hacer pensar en lo contrario (la falsedad o irregularidad de las cuentas), invocándose al respecto la existencia de un proceso penal abierto en el que, precisamente, se estaba discutiendo la bondad o falsedad de la información contable publicada por BANKIA con ocasión de su salida a bolsa.

Pretendo con esta nota analizar la alegación de prejudicialidad penal porque, invocada la misma por BANKIA en todos los procesos, con carácter subsidiario y con fundamento en la pendencia del mismo proceso penal, ha merecido una respuesta dispar de las Audiencias, como lo ponen de manifiesto las recientes sentencias de la AP Islas Baleares, Sección 3ª, de **20 de noviembre de 2015 (JUR 2015/303396), a favor de la prejudicialidad, y de la AP Segovia, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2015 (JUR 2015/303536)**, en contra de la apreciación de la misma; aunque, en realidad, atendiendo a las resoluciones que he podido ver, la postura abrumadoramente mayoritaria es la segunda.

- a) La **SAP de las Islas Baleares** considera que existe prejudicialidad penal, porque está pendiente un proceso penal para la “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”, y en el proceso civil se ejercita la acción de nulidad por dolo, fundada en esa alteración por la ocultación torticera por parte de la entidad demandada de información causal y esencial sobre su realidad económica que, de haberse conocido, hubiera hecho radicalmente inviable cualquier oferta de compra por parte de la demandante.
- b) La SAP de Segovia, en cambio, llega a una conclusión distinta: “necesariamente debe concluirse que para considerar la existencia de prejudicialidad penal no solo 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 imprescindible aguardar a la resolución del Tribunal penal para la resolución del litigio civil, de manera que éste no pueda ser resuelto sin aquélla. Por tanto, si en el pleito civil existen datos suficientes para su resolución, y que puedan ser tenidos en consideración con independencia de la calificación que a los hechos enjuiciados se otorgue en el procedimiento penal, no se estaría en presencia de prejudicialidad que, no hay que olvidar, en tanto supone una crisis procesal, ha de interpretarse en sentido restrictivo, no pudiéndose obviar que, en relación con todo lo anteriormente expuesto, el dolo penal es independiente del dolo o culpa civil, y nada impide que éste último pueda existir, con independencia del dolo penal”.

2. ¿Planteamiento solo a instancia de parte o también de oficio?

El planteamiento de una cuestión prejudicial penal, cuya posibilidad está prevista con carácter general (V. el art. 569 LEC para el proceso de ejecución, y el art. 697 LEC, para la ejecución hipotecaria), abre un incidente del que lo único que nos dice la LEC es que será resuelto mediante auto y, por tanto, mediante resolución judicial motivada. Ningún obstáculo existe para que se alegue en la contestación a la demanda y se resuelva en la audiencia previa del juicio ordinario; pero nada impide que pueda alegarse antes, en cuyo caso el auto del juez se pronunciará previa audiencia de la parte contraria a la que la planteó (o de ambas, en el caso de admitirse su planteamiento de oficio).

A juicio de las sentencias **antes citadas**, aunque la **prejudicialidad penal** haya sido alegada con carácter subsidiario, debe ser analizada en primer lugar, y en opinión de la **SAP de las Islas Baleares**, además, “se trata de una cuestión de orden público, que es apreciable, incluso, de oficio”.

- a) En efecto, puede tener sentido examinar, en primer lugar, la cuestión relativa a la prejudicialidad y no solo “por razones de pura sistemática”, que son las invocadas por la sentencia de la AP de Segovia citada, sino porque la eventual resolución estimatoria sobre la existencia de la misma condiciona la suspensión del proceso civil e incluso la sentencia que en este se dicte (si la sentencia penal es también estimatoria). Pero puede haber casos en que esta solución no sea la adecuada, como puede ser el resuelto por las sentencias analizadas, en las que se alegó con carácter principal la falta de prueba sobre un hecho relevante (la insolvencia de BANKIA en el momento de su salida a bolsa) y la prejudicialidad solo para el caso de que se estimara que efectivamente existía prueba de ese hecho (que a la vez constituía objeto del proceso penal); en tal caso, la prejudicialidad es una cuestión a resolver con carácter subsidiario en sentido estricto, tal y como fue planteado por la entidad financiera en el recurso de apelación resuelto por ambas sentencias.
- b) Con más reservas, en cambio, hay que acoger la posibilidad del planteamiento de oficio de la prejudicialidad, que exigiría en todo caso que la situación en que se basa (la pendencia del proceso penal sobre el mismo hecho) conste en los autos, o sea conocida, y no haya sido planteada por la parte, porque en otro caso no parece que el juez pueda tener conocimiento de la misma. Ciertamente, en un caso en el que -como ocurrió en el planteado en las sentencias analizadas- fuese conocida la existencia del proceso penal (como hecho notorio y, por tanto, exento de prueba, lo considera el AAP Valencia, Sección 7ª, de 1 de diciembre de 2014, JUR 2014/289772), podría pensarse en que el juez pueda plantearla de oficio; pero tal opinión me parece discutible. A mi juicio, recae sobre la parte la carga de la alegación y también la carga de la prueba tanto de la existencia de la cuestión prejudicial penal como de la concurrencia de las circunstancias que posibilitan la suspensión del procedimiento civil, según exige el art. 40 LEC, como, por lo demás, se deduce de la regulación del supuesto previsto en el art. 40.4 LEC (incoación de un proceso penal por un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados al proceso civil).

3. El régimen de la prejudicialidad penal

- A) Dispone el art. 40.2 LEC (y en términos semejantes, el art. 10.2 LOPJ) que “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;

y 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.

Del régimen de la prejudicialidad penal interesa ahora poner de manifiesto las siguientes cuestiones:

- i. Según la jurisprudencia, deben concurrir los dos requisitos antes mencionados. Por eso, según la STS de 4 de abril de 2013 (RJ 2013/2929), “aunque la causa criminal concluyera con una sentencia condenatoria por un delito de falsedad documental, que afectara a los pagarés emitidos por E. , a nombre de la Cooperativa, falseando la firma de su representante legal, carecería de relevancia, pues este hecho, que E. imitó la firma al emitir los tres últimos pagarés, ya fue declarado probado en la instancia (civil), como consecuencia del reconocimiento realizado por el propio interesado”. Acreditada la concurrencia de estos requisitos, la suspensión se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia (art. 40.3).
- ii. La norma de prejudicialidad penal es siempre de interpretación restrictiva, tal como se deduce de la exposición de motivos de la LEC, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia anterior y ha sido subrayado por la posterior. De acuerdo con esta interpretación ha sostenido la jurisprudencia que el requisito de que la decisión del tribunal penal sobre el hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil debe interpretarse en el sentido de que se exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito.

La SAP Valencia, Sección 7ª, 217/2014, de 1 de diciembre, antes citada resume esta interpretación: “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 (1881) establece una norma de prejudicialidad penal..., que ... exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito. Y 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 (...); 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, 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”.

La SAP Cádiz, Sección 8ª, 208/2012, de 27 de julio (JUR 2013/8855) resume también, en un fundamento, esta doctrina, con cita de diversas sentencias: “La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1992, establece que la Ley Procesal Civil consagra la prejudicialidad penal para el supuesto de que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en la existencia de un delito; de ahí su interpretación restrictiva refiriéndose no a la suspensión del proceso en sí, sino más bien al término de dictar sentencia”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986, señala que “En la prejudicialidad penal, el principio fundamental no es otro que el de evitar la simultaneidad de dos procedimientos en los cuales pudieran recaer sentencias disconformes y aun contradictorias, subordinando la jurisdicción civil a la penal, por lo que aquéllos preceptúan la suspensión del pleito mientras continúe el procedimiento criminal. Terminada la causa penal, la jurisdicción civil puede estimar libremente la trascendencia de la resolución dictada con relación a los fundamentos de la acción ejercitada. De acuerdo con los preceptos citados, la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil no es de carácter absoluto, siendo uno de los presupuestos esenciales para la exigencia de una decisión penal previa a la civil el que no pueda prescindirse de aquella para la debida decisión de ésta o que la primera condicione directamente el contenido de la segunda (STS 25 septiembre 1996). Para que esta situación se produzca no será siempre necesario que exista una perfecta identidad objetiva y subjetiva entre lo que es materia de uno y otro proceso, al tratarse de objetos litigiosos que, dada su peculiar naturaleza, tiene que ser necesariamente diversos. Sin olvidar el criterio restrictivo con el que ha de apreciarse la prejudicialidad penal a fin de evitar la abusiva suspensión de procedimientos civiles en curso, 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 contienda civil sin ser conocida antes la decisión que se adopte en la vía criminal (STS 31 marzo 1992), y que la materia litigiosa se vea influida de manera nuclear o sustancial por el resultado del proceso penal, dándose, en definitiva, una íntima conexión entre los hechos que son objeto de uno y otro procedimiento”.

- B)** Esta orientación, que es la mayoritaria y, a mi juicio, la correcta, es la seguida por la SAP de Segovia citada. En este caso, dice la sentencia, “basta la valoración jurídico-civil del contenido de la información suministrada y, en su caso, de las omisiones cometidas por el personal de la demandada, para la resolución del

presente litigio, sin que se aprecie necesario esperar a que en el proceso penal se determine, o no, la existencia de delito de falsedad en las cuentas. En definitiva, si la imagen de solvencia que se ofreció por parte de Bankia en junio de 2011 no se correspondía con la realidad, conforme se alega en la demanda y es cuestión a dilucidar en este proceso, no es preciso que exista un previo pronunciamiento penal que determine que, en su caso, ello fue constitutivo de delito, y que se debió a la falsedad de las cuentas de la entidad correspondientes al primer semestre de 2011 (estados financieros, en términos de la recurrente) pues, incluso prescindiendo de tal eventual conclusión, puede analizarse en este proceso si existió dolo civil, información inexacta o inveraz o sesgada, siendo indiferente que ello fuera guiado de un ánimo doloso de defraudar o no, y, con ello, las circunstancias determinantes del vicio de consentimiento que se alega en la demanda como determinante de la nulidad del negocio de que se trata. En definitiva, para analizar si concurre o no responsabilidad de la demandada para producir el error de consentimiento alegado en la demanda, y acogido en la sentencia recurrida, no es necesario determinar si los documentos financieros fueron falsificados, o si se llevaron a cabo maquinaciones para engañar en el mercado, siendo por tanto irrelevante a estos efectos si hubo o no delito”.

Y en apoyo de su interpretación trae a colación lo dicho por la SAP Alicante, Sección 8ª, de 6 de mayo de 2015 en un caso semejante a los resueltos por las sentencias analizadas: “Los demandantes adquirieron acciones como consecuencia de la fiabilidad adquirida con ocasión de una oferta pública de inversión hecha por quien buscaba financiación privada y se presentaba solvente al tiempo que ofrecía beneficios netos y saludables expectativas y esa información fue esencial para perfeccionar el negocio jurídico del adquisición de las acciones porque fue con los datos del emisor que los adquirentes podían evaluar y considerar su decisión. Pero en el caso lo que consta es que, a diferencia de lo que se decía en el folleto, en absoluto se invertía en una sociedad próspera, consolidada y de beneficioso futuro sino en una sociedad con pérdidas al borde del concurso, sólo evitado por la intervención del Estado. Y esta diferencia entre lo dicho y la realidad constituye un vicio esencial y excusable en un marco en el que la información sobre la que se construyó el consentimiento de los demandantes estaba confeccionada por el emisor en un proceso de autorización del folleto que incluía la supervisión de un órgano público que generaba confianza y seguridad jurídica a los mismos”. Y esta cuestión puede ser resuelta en el proceso civil sin esperar al pronunciamiento de la jurisdicción penal.