Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigesimoprimera
C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008
Tfno.: 914933872/73,3872
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0094120
Recurso de Apelación 705/2016

(01) 31069861931

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 532/2015

APELANTE:: BANKIA SA
PROCURADOR D./Dña. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ
APELADO::
PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN
NM

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL
D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ
Dª ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a veinte de junio de dos mil diecisiete. La Sección Vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación, los autos de juicio ordinario 532/2015 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 41 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandado: Bankia, S.A., y de otra, como Apelado-Demandante:

Descargado de http://www.rdmf.es/.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **el Ilmo. Sr. D. RAMON BELO GONZALEZ.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 41 de Madrid, en fecha 18 de marzo de 2016, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ernesto García Lozano Martín actuando en nombre y representación de la entidad
contra la entidad Bankia, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo de la Santa Márquez, debo condenar y condeno a la entidad demandada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la actora como consecuencia de las informaciones falsas y omisiones de datos relevantes del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia, debiendo abonar a la demandante el importe resultante de minorar de la cantidad invertida en acciones, el valor de mercado de los títulos al tiempo de dictarse la sentencia, más los intereses legales del importe de la inversión desde la fecha de suscripción de las acciones y deducidos los dividendos percibidos, lo que habrá de determinarse en ejecución de sentencia. Todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia, contra la misma, se interpuso recurso de apelación, por la parte demandada, mediante escrito del

Descargado de http://www.rdmf.es/.

que se dio traslado a la otra parte, que presentó escrito de oposición al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección, en la que se personó, en plazo, el apelante y ante la que no se ha practicado prueba alguna.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 5 de abril de 2017, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 19 de junio de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la sentencia apelada **se aceptan,** y se dan ahora por **reproducidos,** las referencias fácticas y los razonamientos jurídicos que **coincidan** con los que se expondrán a continuación, **rechazándose** todos los **demás.**

SEGUNDO.- En la Comisión Nacional del Mercado de valores, se registró, el día 21 de junio de 2011, la **Oferta Pública de Suscripción de Acciones** de la entidad mercantil **Bankia s.a.**, con el número de registro 9972. Y, como corolario legal de ello, se registra, el día 29 de junio de 2011, el **"folleto"** de la Oferta, en el que consta, dentro del apartado relativo a la información sobre el emisor, y, en el cuadro correspondiente a la información intermedia, que, en la cuenta de resultados del **primer trimestre del año 2011**, figura un **beneficio** pro forma (no auditado) de **91 millones de euros**, y un **beneficio consoliddo de 35 millones de euros.**

Descargado de http://www.rdmf.es/.

La persona jurídica denominada
dió, el día 19 de julio de 2011, la orden, a la persona jurídica denominada "Beka Finance s.a." como intermediaria, de adquisición de 66.666 acciones de Bankia s.a. por un valor nominal total de 249.997,50 euros. Y, en cumplimiento de esta orden, se celebra, este mismo día **19 de julio de 2011**, un **contrato de compraventa** que tiene por objeto **66.666 acciones de Bankia s.a.** del que es comprador que paga, en el acto, el **precio de 249.997,50 euros**, y, vendedor Bankia s.a. quien le hace entrega de las 66.666 acciones de Bankia s.a. de las que deviene titular

Bankia s.a. **sale a Bolsa** el día **20 de julio de 2011** con 824.572.253 acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión, por acción, de 1,75 euros (en total **3,75 euros por acción).** Las acciones que salen a Bolsa representaban el 55% de la totalidad de las acciones de Bankia s.a., siendo así que, del resto de las acciones que representaba el 45%, continuaba siendo titular el Banco Financiero y de Ahorro s.a. Mediante la suscripción de las acciones que salieron a Bolsa, Bankia obtuvo 3.902 millones de euros.

El día 4 de mayo de 2012 Bankia s.a. remite, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las "cuentas anuales individuales" correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembe de 2011 y las "cuentas consolidadas" de dicho ejercicio, el del **año 2011**, pero sin auditar y a través de un "hecho relevante", en las que se incluyen unos **beneficios superiores a los 300 millones de euros**, en lógica coherencia con los beneficios de 91 millones de euros correspondienes a su primer trimestre del año 2011 que se habían hecho constar en el folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones.

Descargado de http://www.rdmf.es/.

El día 9 de mayo de 2012 la entidad pública denominada Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria s.a. **(FROB)** interviene el **Banco Financiero y de Ahorro s.a.**, adquiriendo el 100% de sus acciones. En consecuencia, pasa, el FROB, a ser el titular del 45% de las acciones de Bankia s.a.

El jueves 24 de mayo de 2012 se cierra la cotización en Bolsa de las acciones de Bankia s.a. a **1,57 euros por acción.**

El día 25 de mayo de 2012 Bankia s.a. comunica, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la aprobación de unas nuevas **cuentas anuales** correspondientes al ejercicio **2011,** esta vez sí auditadas, en las cuales se reflejan unas **pérdidas superiores a los 3 millones de euros** que contradicen la existencia, en el primer trimestre del año 2011, de unos beneficios de 91 millones de euros que se habían hecho constar en el folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones.

A petición de Bankia s.a., la Comisión Nacional del Mercado de Valores **suspende,** el día 25 de mayo de 2012, la **cotización** de las acciones de Bankia s.a.

El día 27 de noviembre de 2012 se aprueba el plan de reestructuración del Banco Financiero y de Ahorro s.a." (BFA)-Bankia s.a." por parte de la Comisión Europea, el Banco de España y el FROB que se materializó en una **inyección económica de 17.959 euros,** para recapitalizar tanto el banco Financiero y de Ahorro s.a. como Bankia s.a., haciéndose público, poco después, el **valor económico real** de Bankia s.a. que se cifró en **menos 4.148 millones de euros.**

Descargado de http://www.rdmf.es/.

Por decisión del FROB de fecha 16 de abril de 2013, adoptada dentro del plan de reestructuración de Bankia s.a., se acuerda que, al cierre de la sesión bursátil del día 19 de abril de 2013, el **valor** de las **acciones** de Bankia quedará reducido a **un céntimo de euro.**

El día 5 de mayo de 2015 presenta una **demanda** con la que promueve un **juicio ordinario** contra Bankia s.a. y en la que ejercita la **acción** indemnizatoria de los daños y perjuicios que se le han ocasionado derivada de la responsabilidad civil del emisor del folleto de la oferta pública de las acciones de Bankia s.a. por la inveracidad de los datos económicos del folleto, recogida en el artículo 28 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores.

Bankia s.a. **contesta** a la demanda mediante la presentación el día 16 de septiembre de 2015, en el que interesa su libre absolución con desestimación total de la demanda.

Se celebra el acto procesal de la **audiencia previa** del juicio ordinario que se inicia el día 8 de marzo de 2016, y, tras suspenderse, se reanuda el día 18 de marzo de 2016 cuando se acaba. Acuden ambas partes litigantes y el demandante impugna el documento número 3 de los acompañados con el escrito de contestación a la demanda. Teniéndose por incorporado un documento que aporta el actor (a los folios 944 y 945) y otro documento que aporta el demandado (al folio 986). Se rechaza la prueba testifical de don propuesta por la parte demandada quien interpuso recurso de reposición, y, contra su desestimación, formuló protesta.

Se dicta la **sentencia** en la primera instancia el día 18 de marzo de 2016

Descargado de http://www.rdmf.es/.

por la que, con estimación total de la demanda, se condena a Bankia s.a. al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a como consecuencia de las informaciones falsas y omisiones de datos relevantes del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia s.a., debiendo abonar a el importe resultante de minorar de la cantidad invertida en acciones, el valor de mercado de los títulos al tiempo de dictarse la sentencia, más los intereses legales del importe de la inversión desde la fecha de suscripción de las acciones y deducidos los dividendos percibidos, lo que habrá de determinarse en ejecución de sentencia. Con imposición de las costas procesales a Bankia s.a.

Contra esta sentencia dictada en la primera instancia interpone recurso de **apelación** Bankia s.a. mediante la presentación, el día 12 de mayo de 2016, de un escrito, en el que invoca los siguientes motivos:

1º. Debe darse por acreditado que era un inversor institucional.

2º. Frente a los inversores institucionales el emisor del folleto de la oferta pública de suscripción de acciones no responde por la inveracidad del folleto.

3º. El folleto no era inveraz y reflejaba la imagen fiel de la sociedad.

4º. Por último, bajo la rúbrica de "ad cautelam improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada del folleto informativo supuestamente engañoso", se invoca el artículo 37 del Real Decreto 1310/2005.

En este escrito de inteporsición del recurso de apelación se solicita la práctica en la segunda instancia de la prueba testifical de lo que se le denegó por auto de esta Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 2016 que devino firme

Descargado de http://www.rdmf.es/.

porque a pesar de caber contra el mismo recurso de reposición la parte apelante no lo interpuso.

TERCERO.- La **Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores** fue derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Pero, al presente caso, es de aplicación la Ley de 1988, de ahí que, toda referencia que se haga a la Ley del Mercado de valores, se entiende hecha a la de 1988.

Con base a la redacción que, por medio del Real Decreto-Ley número 5/2005 de 11 de marzo de Reformas urgentes para el impuso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (por el que se traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva Comunitaria 2003/71/CE de 4 de noviembre conocida como la del "folleto"), se le dió al apartado 3 del artículo 28 de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de valores, se consagra una **acción indemnizatoria** de los daños y perjuicios que se le han causado al adquirente de las acciones **por la falta de veracidad del folleto** de la oferta pública de la suscripción de acciones.

Para determinar la **legitimación activa** para el ejercicio de esta acción indemnizatoria tenemos que acudir al artículo 36 del Real Decreto número 131/2006 de 4 de noviembre, de desarrollo parcial de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, en el que, bajo la rúbrica de "personas legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad" y remitirse, en el inicio de su redacción, a la acción prevista en el artículo 28 apartado 3 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, atribuye la legitimación activa

Descargado de http://www.rdmf.es/.

"a las personas que hayan adquirdio de buen fe los valores a los que se refiere el folleto durante su período de vigencia por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa". De ahí que, en principio, ostentarían la legitimación activa **cualquier inversor** que hubiera adquirido acciones en la oferta pública, sin que quepa hacer discriminación entre las distintas clases de inversores.

Lógicamente no existirá la acción indemnizatoria por inveracidad del folleto cuando no hay obligación de publicar el folleto, porque, a los efectos de la Ley del Mercado de Valores, no estemos ante una oferta pública, lo que sucede, entre otros supuestos, cuando se trate de **"una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados"** (artículo 30 bis apartado 1 párrafo segundo letra "a"). Ahora bien, cuando la oferta de valores no va dirigida exclusivamente a inversores cualificados, sino que, una parte, va dirigida a inversores cualificados, y, la otra parte, a inversores no cualificados, lo que se plantea es que tan sólo ostentarán legitimación activa para el ejercicio de la acción indemnizatoria por la inveracidad del folleto los inversores no cualificados, careciendo, de esa legitimación activa, los inversores cualificados que no precisan del folleto para invertir, y, por ello, el legislador dispensa de la necesidad del folleto cuando la oferta de valores no va dirigida más que a inversores cualificados. Sin pronunciarnos ni a favor ni en contra de esta interpretación jurídica, lo que no cabe duda es que la misma necesita, como presupuesto indispensable, que se trate de un "inversor cualificado".

Al concepto jurídico de **"inversor cualificado"** se refiere la Directiva Comunitaria 2003/71/CE de 4 de noviembre (la del folleto) que lo define en la letra e) del artículo 2º. Al transponerse esta Directiva al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-Ley número 5/2005 de 11 de marzo, en la

Descargado de http://www.rdmf.es/.

Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores tan sólo se hace referencia al inversor cualificado, pero su definición nos la proporciona el artículo 39 del Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre, en el que, bajo la rúbrica de "inversores cualificdos y registro de inversores cualificados", se dice lo siguiente:

" 1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 30 bis.1.a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, se considerarán inversores cualificados a las siguientes personas o entidades:

a) Personas jurídicas autorizadas o reguladas para operar en los mercados financieros, incluyendo: entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, otras entidades financieras autorizadas o reguladas, compañías de seguros, instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, intermediarios autorizados de derivados de materias primas, así como entidades no autorizadas o reguladas cuya única actividad sea invertir en valores.

b) Gobiernos naciones y regionales, bancos centrales, organismos internaciones y supranacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otras organizaciones internacionales similares.

c) Otras personas jurídicas que no sean pequeñas y medianas empresas.

d) Personas fisicas residentes en el Estado español que expresamente hayan solicitado ser consideradas como inversor cualificado y que cumplan al menos dos de las tres condiciones siguientes:

1ª Que el inversor haya realizado operaciones de volumen significativo en los mercados de valores con una frecuencia media de al menos 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores.

2ª Que el volumen de la cartera de valores del inversor sea superior

Descargado de http://www.rdmf.es/.

a 500.000 euros.

3ª Que el inversor trabaje o haya trabajado por lo menos durante un año en el sector financiero desempeñando una función que exija conocimientos realtivos a la inversión en valores.

e) Pequeñas y medianas empresas que tengan su domicilio social en el Estado español y que expresamente hayan solicitado ser consideradas como inversor cualificado.

2. A efectos de lo dispuesto en los párrafos d) y e) del apartado anterior, las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán llevar un registro de sus clientes, personas fisicas y pequeñas y medianas empresas que hayan solicitado por escrito ser considerados como inversores cualificados y que hayan pedido, expresamente, su inclusión en tal registro.

En su solicitud, las personas fisicas deberán certificar el cumplimiento de dos de las tres condiciones recogidas en el párrafo d) del apartado anterior y las pequeñas y medianas empresas deberán certificar su condición de tales de acuerdo con el artículo 4.

La incorporación al registro será válida durante un año. El inversor que desee permanecer en el registro deberá solicitar anualmente la renovación de conformidad con el párrafo anterior.

Un inversor cualificado podrá solicitar por escrito en cualquier momento su baja del registro. La entidad encargada del registro le informará de su baja en el plazo de tres días hábiles desde la recepción de la solicitud.

Las entidades que lleven dicho registro deberán informar a los interesados acerca de su inclusión en el registro y de los demás extremos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Asimismo, deberán poner el registro a disposición de la CNMV cuando ésta lo solicite.

Descargado de http://www.rdmf.es/.

El emisor, o la persona que pretenda hacer una oferta de valores, tendrá acceso a dichos registros cuando vaya a realizar una oferta de venta de valores en un plazo de tres días desde su solicitud. Para ello deberá justificar su solicitud y acreditar documentalmente la existencia del proceso de oferta.

La persona que solicite el acceso al registro sólo podrá utilizar la información obtenida para realizar una oferta de venta a dichos inversores. Asimismo, deberá mantener la confidencialidad del contenido del registro y asegurar que dicha información no se revela a ninguna persona que no sea el inversor cualificado. A tales efectos, la entidad encargada del registro en cuestión deberá advertir expresamente a los solicitantes de su deber de confidencialidad, así como las infracciones y sanciones derivadas de su uso inadecuado.

La CNMV establecerá la información que debe contener el registro a que se refiere este apartado" (redacción originaria que se mantuvo hasta el día 1 de enero de 2013).

También se definía a la pequeña y mediana empresa en la letra d) del artículo 4 en los siguientes términos: "*Pequeña y mediana empresa: las empresas que, según sus últimas cuentas anuales, cumplan por lo menos dos de los tres requisitos siguientes:*

1º Un número medio de empleados inferior a 250 a lo largo del ejercicio.

2º Un activo total que no supere los 43 millones de euros.

3º Un importe neto de su cifra anual de negocios no superior a 50 millones de euros."

Aparte de la Directiva Comunitaria 2003/71/CE de 4 de noviembre (la del folleto) a la que ya nos hemos referido, se encontraban las Directivas Comunitarias 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril

Descargado de http://www.rdmf.es/.

de 2004 y 2006/73/CE de la Comisión (conocidas como MIFID), en las que, **a los efectos de la comercialización de los productos financieros**, se establecen los conceptos jurídicos de **"inversor profesional"**, en contra del de **"inversor minorista"**, y del de **"contrapartes elegibles"**. Y, al trasponerse estas Directivas Comunitarias al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (a través de la que se da nueva redacción a varios preceptos de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores) se introduce (la ley entró en vigor el día 21 de diciembre de 2007), en nuestro Derecho y para la comercialización de productos financieros, estos dos nuevos conceptos jurídicos el de "inversor profesional" (en contra del de "inversor minorista") y el de "contrapartes elegibles". Y, tras esta nueva redacción, se dice, en el apartado 3 del artículo 78 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercdo de Valores, que:

"*En particular tendrá la consideración de cliente profesional:*

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estado, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo

Descargado de http://www.rdmf.es/.

Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otrs de naturaleza similar.

c) Los empresarios que individualmnete reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1º Que el total de las partidas del activo sea igual o superipr a 20 millones de euros.

2º Que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros.

3º Que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartado anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

e) Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas. No obstante, en ningún caso se considerará que los clientes que soliciten ser tratados como profesionales poseen unos conocimientos y una experiencia del mercado comparables a las categorías de clientes profesionales enumeradas en las letras a) a d) de este apartado.

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del ciente en relación con las operaciones y

Descargado de http://www.rdmf.es/.

servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

1º Que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores.

2º Que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros.

3º Que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos".

Y en el apartado 1 del artículo 78 ter de esta misma Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercdo de Valores, se dice:

"*A los efectos de lo dispuesto en este artículo, tendrán la consideración de contrapartes elegibles las siguientes entidades; empresas de servicios de inversión, entidades de crédito, entidades aseguradoras, instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, otras entidades financieras autorizadas o reguladas por la legislación comunitaria o por el derecho nacional de un Estado miembro, empresas señaladas en las letras d) y e) del apartado 3 del artículo 62, gobiernos nacionales y sus servicios correspondientes, incluidos los que negocian deuda, Bancos Centrales y organismos supranacionales. También tendrán dicha consideración las entidades de terceros países equivalentes y las Comunidades Autónomas.*

Asimismo, si se solicita, también se considerarán contrapartes elegibles las empresas que cumplan los requisitos que se establecen en la letra e) del apartado 3 del artículo 78 bis, en cuyo caso sólo será reconocida como

Descargado de http://www.rdmf.es/.

contraparte elegible en lo relativo a los servicios u operaciones para los que pueda ser tratada como cliente profesional. Se entenderán incluidas las empresas de terceros países que estén sujetas a requisitos y condiciones equivalentes."

Siendo así que en las letras d) y e) del apartado 3 del artículo 62, a las que se remite el apartado 1 del artículo 78 ter, se hace referencia a:

- "*las personas cuya actividad principal consiste en negociar por cuenta propia en materias primas o instrumentos financieros derivados sobre materias primas.*"
- "*las empresas que prestan servicios de inversión que consistan exclusivamente en negociar por cuenta propia en mercados de instrumentos financieros derivados y en mercados de contado con el único propósito de cubrir posiciones en mercados de instrumentos financieros derivados, o que operen por cuenta de otros miembros de dichos mercados o faciliten precios para éstos, y que están avaladas por miembros liquidadores del mismo mercado, cuando la responsabilidad del cumplimiento de los contratos celebrados por dichas empresas sea asumida por los miembros liquidadores del mismo mercado.*"

Tras la introducción, en nuestro ordenamiento jurídico y a los efectos de la comercialización de los productos financieros, de los conceptos jurídicos de "inversor profesional" (en contra del "inversor minorista") y de "contrapartes elegibles", se mantiene, a los efectos del folleto para la oferta pública de valores, el concepto jurídico de "inversor cualificado". Si bien, mediante Real Decreto número 1698/2012 de 21 de diciembre (que entró en vigor el día 1 de enero de 2013) por el que se dió nueva redacción a varios preceptos del Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre, se dota de nuevo contenido al **concepto jurídico de "inversor cualificado"** que deja de tener el particular y

Descargado de http://www.rdmf.es/.

específico que hasta este momento tenía para pasar a tenerlo por remisión al contenido de otros conceptos jurídicos como el de "inversor profesional" y "contraparte elegible".

En su nueva redacción se dice en el artículo 39 del Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre, que:

"1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 30 bis.1ª) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, se considerarán inversores cualificados las personas o entidades enumeradas como clientes profesionales en el artículo 78 bis 3, las contrapartes elegibles a que se refiere el artículo 78 ter de dicha ley, así como las pequeñas y medianas empresas que tengan su domicilio social en el Estado español y que expresamente hayan solicitado ser consideradas como inversor cualificado.

2. Las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán indicar en el registro de clientes a que se refiere el artículo 32 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, el detalle de los clientes personas físicas y pequeñas y medianas empresas que hayan solicitado ser considerados como clientes profesionales en virtud del artículo 78 bis.3e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio y que conforme a lo indicado en el apartado anterior, se considerarán inversores cualificados a los efectos de la oferta de valores dirigida exclusivamente inversores cualificados a que se refiere el artículo 30 bis 1ªa) de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

El emisor, o la persona que pretenda hacer una oferta de valores, tendrá en un plazo razonable y sin perjuicio de la legislación aplicable en materia de

Descargado de http://www.rdmf.es/.

protección de datos, acceso a los registros de las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito que presten servicios de inversión en los que figuren sus clientes personas físicas y pequeñas y medianas empresas que hayan solicitado ser considerados como clientes profesionales en virtud del artículo 78 bis.3e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, cuando vaya a realizar una oferta de venta de valores. Para ello deberá justificar su solicitud y acreditar documentalmente la existencia del proceso de oferta.

El derecho de acceso al registro se encuentra condicionado a lo establecido en la normativa aplicable en materia de protección de datos. En particular, se requiere que los clientes personas físicas y pequeñas y medianas empresas que hayan solicitado ser considerados como clientes profesionales hayan aceptado que esta información se entregue a cualquier entidad emisora que acredite documentalmente la existencia de un proceso de oferta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La persona que solicite el acceso al registro sólo podrá utilizar la información obtenida para realizar una oferta de venta a dichos inversores. Asimismo, deberá mantener la confidencialidad del contenido del registro y asegurar que dicha información no se revela a ninguna persona que no sea el inversor cualificado. A tales efectos, la entidad encargada del registro en cuestión deberá advertir expresamnete a los solicitantes de su deber de confidencialidad, así como de las infracciones y sanciones derivadas de su uso inadecuado.

Las entidades que lleven dicho registro deberán informar a los interesados acerca de su inclusión en el registro y de los demás extremos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal."

Descargado de http://www.rdmf.es/.

CUARTO.- En el presente caso lo determinante es saber si, en el **mes de julio del año 2011**, la persona jurídica denominada entraba dentro del concepto jurídico de **"inversor cualificado"**, para lo cual tenemos que acudir a la definición que, del "inversor cualificado", nos proporcionaba el artículo 39 del Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre, en su redacción anterior a la que se le dió por el Real Decreto número 1698/2012 de 21 de diciembre, y, entre los distintos supuestos que integran esta definición, concretar en cual de ellos tiene cabida

Pues bien Bankia s.a., aparte de no mantener, en todo momento, el concepto jurídico adecuado para la resolución de la presente controversia, que no es otro que el de "inversor cualificado" (tan pronto invoca el de "inversor profesional" como el de inversor institucional"), no nos indica en cual, de entre los diversos supuestos que integran el concepto de "inversor cualificado", tendría cabida la persona jurídica denominada

Lo que desde luego dificulta su **prueba**. Y, no puede darse por probado que era, en el mes de julio de 2011, un inversor cualificado, en base al documento número 3 de lo acompañados con el escrito de contestación a la demanda (que fue impugnado por el demandante en el acto de la audiencia previa celebrado el día 18 de marzo de 2016), en el que un empleado de Bankia s.a. dice (el día 10 de septiembre de 2015) haber sido informado por el Banco Agente de la OPS de Bankia de que la sociedad acudió al tramo institucional de la OPS. A pesar de lo cual, en el mes de febrero de 2016 (el día 17), Bankia s.a. le remite, a un impreso de "solicitud de restitución para la OPS Bankia 2011 por el inversor del tramo minorista" para que lo rellenara. Si bien es cierto que el día 22 de febrero de 2016 Bankia s.a. le comunica a

Descargado de http://www.rdmf.es/.

que "el pasado 17 de febrero le enviamos por error una comunicación en relación a la Oferta Pública de Suscripción (OPS) del año 2011; Como se indica en la propia carta los destinatarios de la comunicación son exclusivamente los suscriptores del tramo minorista de acciones, por lo que le rogamos no tenga en consideración la misma".Y, de este bagaje probatorio, no podemos concluir dando por acreditado que
fuera en el mes de julio de 2011 un "inversor cualificado". Y ello aún cuando conste que en la Oferta Pública de Suscripción de acciones de Bankia s.a. había dos tramos. El primero, para inversores cualificados. Y el segundo para minoristas y para empleados y administradores. Dividiéndose este segundo tramo en dos subtramos que eran, por un lado, el subtramo minorista, y por otro lado el subtramo para empleados y administradores.

La deficiencia probatoria de Bankia s.a. durante la primera instancia trató de ser salvada, en el escrito de interposición del recurso de apelación, con una innovadora referencia a una noticia de prensa publicada en el Confidencial de 14 de octubre de 2014 y la reseña de una página web en Internet. Lo que no puede ser tenido como prueba al no haberse practicado en legal forma y no constituir un hecho notorio.

Al no darse por acreditado que en el mes de julio de 2011 fuera un inversor cualificado, nada procede decir respecto a la legitimación activa del inversor cualificado para el ejercicio de la acción indemnizatoria por la inveracidad del folleto. Cuestión sobre la que no nos pronunciamos porque no es necesario desde el momento en que el demandante no es un "inversor cualificado".

QUINTO.- Es imprescindible, para que prospere la acción deducida en

Descargado de http://www.rdmf.es/.

la demanda, que el dato reflejado en el folleto relativo a los beneficios económicos obtenidos por Bankia s.a. en el primer trimestre del año 2011 (91 millones de euros con un beneficio consolidado de 35 millones de euros) sea **"inveraz".**

Lo determinante es si ha quedado acreditada esa inveracidad y no a cual de las dos partes litigantes le incumbe la carga de la prueba en base a las reglas contenidas en el artículo 217 de la ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Debe darse por **probada esa inveracidad**, pues, los beneficios económicos de 91 millones de euros en el primer trimestre de 2011, se corresponde a unos beneficios superiores a 300 millones de euros durante todo el año 2011, según las cuentas presentadas por Bankia s.a., en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el dia 4 de mayo de 2012. Y, esas cuentas, son inveraces, como lo viene a reconocer la propia Bankia s.a., al presentar, ante la misma Comisión Nacional del Mercado de Valores, otras cuentas relativas al mismo año 2011 en las que figuran unas pérdidas superiores a los 3 millones de euros. Pretende convencernos Bankia s.a. que no hay diferencia alguna entre unas cuentas anuales que arrojan unos beneficios superiores a 300 millones de euros (correspondiendo 91 millones de euros al primer trimestre) y otras cuentas, relativas al mismo año, que arrojan unas pérdidas superiores a los 3 millones de euros. Y, para justificarlo, acude a dos reformas legislativas relativas al saneamiento del sector financiero, por un lado, el Real decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, y, por otro lado, el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo. Pero lo cierto es que no se ha probado que estas dos reformas legislativas constituyeran un filtro diabólico que transformara unos beneficios superiores a 300 millones de euros en unas pérdidas superiores a los 3 millones

Descargado de http://www.rdmf.es/.

de euros. Además, mejor que, con la existencia de 91 millones de euros de beneficios en el primer trimestre del año 2011, se compagina con la existencia de perdidas en ese trimestre, la inyección económica con dinero público aprobada el día 27 de noviembre de 2012 por importe de 17.959 euros para la recapitalización de Bankia s.a. (y del Banco Financiero y de Ahorro s.a.), así como que, poco después, se cifrara, el valor económico de Bankia s.a., en menos 4.148 millones de euros.

Se proclama en el apartado 4 del artículo 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que :"No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general". Recogiéndose la clásica regla "notoria non egent probatione" **(el hecho notorio no precisa prueba)**. Pues bien es un hecho público y notorio la lamentable situación económica de Bankia s.a. que se encontraba detrás de una fachada de aparente solvencia, que condujo, tras el levantamiento de esa fachada, a una ingente aportación de recurso económico público para impedir que, la caída de Bankia s.a., pudiera colapsar la economía española. Desde luego que, esta sangría para las arcas públicas que supuso el tener que ayudar a Bankia s.a., no estaría justificada ni seria explicable si en el primer trimestre del año 2011 hubiera tenido unos beneficios de 91 millones de euros.

SEXTO.- En el **artículo 37** del **Real Decreto número 1310/2005 de 4 de noviembre** se dice, bajo la rúbrica de "exenciones de responsabilidad" que: "Una persona no será responsable de los daños y perjuicios causados por la falsedad en cualquier información contenida en el folleto … si prueba que en el momento en el que el folleto fue publicado actuó con la debida diligencia para asegurarse que: a) La información contenida en el folleto era verdadera…". Precepto que no es de aplicación en el presente caso ya que Bankia s.a., a quien

Descargado de http://www.rdmf.es/.

le incumbe la carga de la prueba (así lo dice el artículo) no acreditó que hubiera actuado con la debida diligencia para asegurarse que la información contenida en el folleto era verdadera.

SÉPTIMO.- Las **costas ocasionadas en esta segunda instancia** se imponen a la parte apelante, al desestimarse todas sus pretensiones y no presentar el caso, que constituye el objeto del presente recurso, serias dudas ni de hecho ni de derecho (apartado 1 del artículo 394 por remisión del apartado 1 del artículo 398, ambos de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que, **desestimando el recurso de apelación** interpuesto por Bankia s.a., debemos **confirmar y confirmamos la sentencia** dictada el día 18 de marzo de 2016, por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid en el juicio ordinario número 532/2015, del que la presente apelación dimana y cuya parte dispositiva se transcribe en el primer antecedente de hecho de la presente y se da aquí por reproducida.

Se imponen las **costas** ocasionadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación** en el caso de que la resolución de ese recurso presente **interés casacional,** lo que sucederá si,

Descargado de http://www.rdmf.es/.

esta sentencia, se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelve puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplica normas que no lleven mas de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; De ser así, **también** podrá interponerse recurso **extraordinario por infracción procesal,** siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; De este recurso de casación y, en su caso, además del extraordinario por infracción procesal, conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y deberá interponerse presentando un escrito, ante esta Sección Vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, dentro del plazo de **veinte días**, contados desde el siguiente a la notificación de esta sentencia.

De no presentarse, en el plazo de veinte días, escrito de interposición del recurso de casación, por alguna de las partes litigantes, la presente sentencia deviene **firme y se devolverán los autos originales,** con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se incorporará al Libro de Sentencias y se notificará a las partes, resolvemos definitivamente el recurso de apelación.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entrega en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Descargado de http://www.rdmf.es/.

Descargado de http://www.rdmf.es/.

Regulación Financiera
Revista de Derecho del Mercado Financiero

Descargado de http://www.rdmf.es/.