

ACCIONES BANKIA

Resarcimiento de los daños y perjuicios.

SAP de Madrid, Sección vigesimoprimera, de 20 de junio, recurso: 705/2016. Ponente: Excmo. Sr. Ramón Belo González. Letrado demandante Dr. Fernando Zunzunegui.

Determinación de la legitimación activa – La determinación del tipo de inversor – Exenciones de responsabilidad (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Determinación de la legitimación activa: "(...) 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 "a las personas que hayan adquirido de buen fe los valores a que se refiere el folleto durante su periodo 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 cualificado, 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" (...)."

La determinación del tipo de inversor: "(...) 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 rellene. Si bien es cierto que el día 22 de febrero de 2016 Bankia s.a. le comunica a (...) 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" (...).

Exenciones de responsabilidad: "(...) 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 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. (...)

[Texto completo de la sentencia](#)
