AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA SECCIÓN SEXTA

Rollo nº 000264/2019

SENTENCIA Nº346

Ilmos. Sres.:
Presidente:
DON JOSÉ ANTONIO LAHOZ RODRIGO

Magistradas:
DOÑA MARÍA MESTRE RAMOS DOÑA AMPARO SALOM LUCAS

En la ciudad de Valencia, a dieciséis de julio de dos mil diecinueve.

Vistos, ante la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000567/2018, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE VALENCIA, entre partes; de una, como demandada-apelante BANKIA representada por el procurador _____ y dirigida por la letrada Sra. _____, y, de otra, como demandante-apelado D. _____ representada por la Procuradora Dª. ISABEL BALLESTER GÓMEZ y dirigida por el letrado D. JUSTO PASCUAL MONAR.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA AMPARO SALOM LUCAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE VALENCIA, con fecha diecisiete de enero de dos mil diecinueve, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "Estimar la demanda presentada _____ contra Bankia S.A., y en consecuencia condenar a la citada entidad demandada a que abone, en concepto de indemnización, a favor de la parte actora, la suma de 9.569,33 euros debiendo deducirse los rendimientos en su caso percibidos y devengándose el interés legal desde la interpelación extrajudicial. Se imponen las costas a la parte demandada.".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, y, previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el

recurso, acordándose el día diez de julio de dos mil diecinueve, para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO. La representación procesal de _____ formuló demanda de juicio ordinario contra Bankia, suplicando, que se declarara la responsabilidad civil de BANKIA por incumplimiento de la información preceptiva, veraz, sobre la imagen fiel de Bankia en el mercado secundario, y se condene a dicha entidad a abonarle 9.569'33 euros pro los daños y perjuicios causados, con la deducción legal correspondiente, más intereses legales desde la reclamación extrajudicial, y con imposición de costas.

Sustenta su pretensión en que compró 3.900 acciones de la entidad en el mercado secundario, durante el mes de febrero de 2012, basándose en la imagen de solvencia que daba, y el folleto informativo vigente en el momento de la compra.

La representación de Bankia se opuso a la pretensión actora invocando falta de legitimación pasiva al tratarse de títulos adquiridos en mercado secundario, prescripción de la acción subsidiaria ex artículo 35 ter LMV, y en cuanto al fondo alegó que las acciones fueron adquiridas en Bolsa, siendo su regulación diferente a la de la OPS en cuanto a la información y responsabilidad derivada del folleto; suplica se desestime la demanda.

La sentencia de instancia estima la demanda; y posteriormente se dicta auto de aclaración de 24 de enero de 2019.

La demandada, Bankia, interpone recurso de apelación y plantea como motivo único la improcedencia de la acción de daños y perjuicios del artículo 35 LMV por estar prescrita, y no haber sido adquiridas las acciones a través de la OPS. Igualmente alega que ellos cumplieron con la obligación de elaborar un folleto veraz y que el demandante no acredita el nexo de causalidad entre la información contenida en el mismo y la decisión de invertir.

La resolución del presente recurso de apelación debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, que dispone: "La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado".

SEGUNDO.- Prescripción de la acción.

Con fundamento en el artículo 35 ter LMV la demandada, Bankia, plantea que la acción indemnizatoria está prescrita por el transcurso de tres años a contar desde la reformulación de las cuentas en 25 de mayo de 2015 momento en que el demandante pudo conocer la inexactitud o falsedad que constituye el fundamento de su pretensión. La demanda se presentó el 20 de abril de 2018. La sentencia de instancia considera que se

interrumpió la prescripción el día 6 de mayo de 2015, fecha en la que el demandante presentó un escrito en Bankia solicitando la documentación original entregada y reservándose acciones legales por la venta de acciones con cuentas falseadas.

No podemos atender los motivos esgrimidos en el recurso relativos a que, en el mencionado escrito, el demandante no afirma que ha adquirido las acciones en el mercado secundario sino que sostiene: "el abajo firmante adquirió ACCIONES DE BANKIA OPS AC. BANKIA 07/11". Como indica el juez de instancia, no consta acreditado que el demandante comprase acciones en la oferta pública y sí que lo hizo en el mercado secundario, por lo tanto la referencia que se contiene en el escrito ha de entenderse hecha a aquellas acciones de las que era titular, con independencia de su modo de adquisición. La conclusión es la que la acción esta ejercitada dentro del plazo de tres años que establece el artículo 35 ter LMV al disponer: " la acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de que la información no proporciona una imagen fiel del emisor."

Se alega por la recurrente que no concurren los presupuestos necesarios para estimar la especial y especifica acción resarcitoria prevista en el artículo 28.3 LMV, y en su normativa de desarrollo, contenida en los artículos 32 y ss del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que se concretan en: (i) existencia de la falsedad u omisión en la información relevante del folleto, (ii) la producción de un daño patrimonial indemnizable, (iii) la concurrencia del requisito de la culpabilidad, (iv) la existencia de un doble nexo causal respecto de la presunta irregularidad del folleto: que este hubiere sido determinante de la decisión de los actores para adquirir las acciones, y que el daño traiga causa directa de esa decisión viciada.

En el examen de los distintos requisitos la recurrente introduce argumentos que en modo alguno resultan convincentes a la vista de los hechos declarados en las sentencias número 23 y 24 de 3 de febrero 2016 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que constituye doctrina jurisprudencial, recoge los hechos relevantes que, sin duda, afectan al período comprendido entre la conclusión del periodo de la OPS, la salida a bolsa y las adquisiciones de acciones en el mercado secundario antes de que se produzca la reformulación de las cuentas en fecha 25 de mayo de 2012.

Es cierto, y así lo sostiene la mayoría de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que las circunstancias que concurren en la adquisición de acciones en el mercado secundario no son las mismas que las concurrentes en el período de suscripción de acciones en oferta pública en la que sí rige la información contenida en el folleto, mientras que cuando la adquisición se produce en el mercado secundario la información contenida en el folleto rige en el momento de la salida pero existen otras circunstancias como es la cotización y las actuaciones del mercado bursátil que son determinantes en la decisión de adquisición. Sin embargo, como se recoge en las sentencias de este tribunal el escaso tiempo transcurrido desde la conclusión del periodo de la OPS y las adquisiciones en el mercado secundario y la reformulación de las cuentas en mayo de 2012, inferior a un año, determina que la información facilitada en el folleto, no modificada a posteriori a la vista de los distintos hechos relevantes que se fueron produciendo, unido a la campaña publicitaria sobre el éxito de salida a bolsa que reforzaba la solvencia patrimonial de la entidad, fue determinante para que en el ánimo del inversor calara la imagen de solvencia patrimonial de la entidad y que la adquisición de sus acciones en modo alguno podía producir el efecto de riesgo de pérdida patrimonial del valor de la inversión.
Sostiene la parte recurrente que, con independencia de que la información facilitada en el folleto sólo rige para la OPS y no en el mercado secundario, en todo caso, en aplicación del artículo 37 del Real Decreto 1310/2005, no le es exigible responsabilidad al concurrir las circunstancias que

describe en cuanto que la información contenida en el folleto era verdadera y que los datos relevantes cuya omisión causó la pérdida fueron correctamente omitidos.

Por último, la recurrente alega que, aun no siendo aplicable la responsabilidad objetiva por inexactitud o falsedad de la información contenida en el folleto, debe concurrir un doble nexo causal en el sentido de que el inversor debe acreditar que su decisión se ha basado en la información del folleto que ha resultado engañosa, correspondiéndole la carga probatoria del artículo 217 de la LEC.

Los argumentos de la parte recurrente no son compartidos por este tribunal pues la sentencia recurrida no estima que la obligación de indemnizar la pérdida patrimonial sufrida por los demandantes se deba directamente a la responsabilidad objetiva del folleto, pues en el fundamento tercero desarrolla que no es aplicable el artículo 27 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que en su apartado 1 dispone: " Los folletos serán válidos durante un período de 12 meses desde su aprobación para realizar ofertas públicas o admisiones a negociación en un mercado secundario oficial español o mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, condición de que se complete, en su caso con los suplementos requeridos por el artículo 22". Validez que se entiende, no a los efectos de la negociación de acciones en el mercado continuo, sino del cumplimiento de los requisitos de idoneidad relativos al emisor y a los valores en las admisiones a negociación de valores negociables en los mercados secundarios oficiales españoles, así como a las ofertas públicas de venta o suscripción de valores negociables y el establecimiento de las condiciones para la elaboración, aprobación y distribución de los folletos que hayan de publicarse en estos supuestos, como se desprende de los artículos 12 y 13 del Real decreto 1310/2005.

Sin embargo, los argumentos de la parte recurrente podrían estimarse si la resolución recurrida se hubiera fundado única y exclusivamente en la información facilitada por el folleto para declarar la nulidad de las adquisiciones de acciones en el mercado secundario antes de la reformulación de las cuentas el 25 de mayo de 2012, pero la sentencia no se fundamenta en esa supuesta nulidad, sino en el incumplimiento de la obligación de mantener una información veraz sobre su estado económico y de solvencia a partir de la conclusión del período de la OPS, tal como han estimado la mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales en cuanto extienden el efecto de la información falsa o inveraz contenida en el folleto, que no supone ya un hecho controvertido a la vista de la doctrina jurisprudencial del TS en sus dos sentencias de 3 de febrero de 2016, al período que media hasta la reformulación de las cuentas y que fue determinante para que el inversor suscribiera acciones con la confianza de la información que públicamente se mantenía.

Los hechos relevantes contenidos en numerosas resoluciones, también las de este tribunal, acreditan no sólo la inexactitud sino la falsedad (dolo civil) de la información contenida en el folleto, sino que con posterioridad a la terminación del proceso de OPS se mantuvo esa errónea información cuando se producían acontecimientos que afectaban a la solvencia económica de la entidad. Los hechos relevantes influyen en el periodo comprendido entre la salida a bolsa de Bankia y la reformulación de cuentas, mediando las adquisiciones de acciones en mercado secundario confiados en una apariencia de solvencia públicamente sostenida. Así: (i) Se aprecia inexactitud entre los resultados de la contabilidad cerrada a 31 de Marzo de 2011, y las cuentas cerradas sólo nueve meses después, a 31 de Diciembre de 2011, según su reformulación auditada a 25 de Mayo de

2012; en el primer caso se describe un beneficio neto consolidado de 88 millones de euros (acorde a las cuentas del ejercicio 2011 formuladas sin auditar a Marzo de 2012), y en el segundo, cuentas reformuladas a 25 de Mayo de 2012 y auditadas, refleja un resultado de pérdidas por 3.318 millones de euros. (ii) Los datos económicos reflejados en modo alguno pueden responder a criterios contables diferentes ni a incidencias económicas o financieras de la emisora. (iii) Los resultados contables que en un escaso período de tiempo reflejan 88 millones de beneficios y 2979 millones de euros de pérdidas solo pueden responder a una conducta negligente o falsaria (dolo civil) máxime cuando en marzo de 2012 se confeccionan los estados contables y financieros cerrados en marzo de 2011 con un resultado de beneficio de 306 millones de euros (iv) Las cuentas cerradas a mayo de 2012 que reflejan unas pérdidas de 2979 millones de euros son las que reflejan la imagen fiel de la entidad emisora, y justifica la intervención del FROB, la caída de la cotización en bolsa y finalmente su suspensión en 25 de mayo de 2012. (v) Esa inexactitud de la información contable se remonta al momento en que se dio publicidad al folleto para la OPS y cotización en mercado secundario y al no existir una información económica que modifique la contenida en el folleto, debe concluirse que el inversor confía en la veracidad y exactitud de la misma.

Las distintas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que estiman la acción indemnizatoria de daños y perjuicios en la adquisición de acciones en el mercado secundario, se fundamentan en dos líneas argumentales, la primera, en que no rige la responsabilidad derivada del folleto pero sí influye la información no modificada durante el periodo de salida a bolsa y hasta la reformulación de las cuentas, de las que son exponentes las dictadas por este tribunal, ya relacionadas, y la de la AP de Alicante que a continuación se inserta, y otras, en las que se extiende la responsabilidad objetiva por inexactitud del folleto al periodo de salida a bolsa y hasta la reformulación de las cuentas que es el momento en que se ofrece ya una información pública de su inexactitud durante todo el periodo comprendido desde el inicio de la OPS hasta la suspensión de la cotización, entre otras Sentencia de la AP Palma de Mallorca, sección 5, de 19 de diciembre de 2016, y AP de Madrid, sección 25, de 13 de diciembre de 2016.

Todo ello provoca la desestimación del recurso y la confirmación de la resolu- ción recurrida.

TERCERO.- La desestimación del recurso implica la pérdida del depósito constituido para recurrir y la imposición de las costas devengadas en esta alzada a la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 y 398 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O:

1. DESESTIMAR el recurso interpuesto por BANKIA S.A.

2. CONFIRMAR la sentencia dictada el 17 de enero de 2019, aclarada por auto de 24 de enero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valencia

3. Con imposición de las costas devengadas en esta alzada a la recurrente

4. Con pérdida del depósito constituido para recurrir

Y, a su tiempo, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y debido cumplimiento.

Contra la presente resolución no cabe Recurso de Casación atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional, en el plazo de 20 días, si en la resolución concurren los requisitos establecidos en el artículo
477-2-3º, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011, y en tal caso recurso extraordinario por infracción procesal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.